

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le cachet électronique des personnes morales

Hubin, Jean-Benoît

*Published in:*

L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS

*Publication date:*

2016

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Hubin, J-B 2016, Le cachet électronique des personnes morales. Dans *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*. Collection du CRIDS, Numéro 39, Larcier , Bruxelles, p. 175-202.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Le cachet électronique des personnes morales

Jean-Benoît HUBIN\*

## Introduction

**1.- Plan de l'exposé.** Introduit dans l'ordonnancement juridique par le Règlement eIDAS, le cachet électronique est un nouveau processus d'identification électronique à la disposition des personnes morales, dont le but est de leur permettre d'authentifier des données électroniques. Le Règlement a entendu distinguer le cachet électronique de la signature électronique, qu'il réserve aux personnes physiques, en lui donnant pour vocation de garantir l'origine et l'intégrité de données provenant d'une personne morale.

Afin de pouvoir présenter l'impact des règles du Règlement eIDAS dévolues au cachet électronique dans notre système juridique, nous débuterons notre analyse en procédant à un rappel des principes s'appliquant à la représentation des personnes morales. En effet, bien qu'elles disposent de la personnalité juridique, les personnes morales ne peuvent souscrire des actes susceptibles de les engager qu'avec le concours de personnes physiques les représentant. Le pouvoir de représentation des personnes morales, par des personnes physiques, est par conséquent encadré par des règles précises. Nous présenterons celles-ci dans le premier chapitre de cette contribution. Nous mettrons également en évidence les solutions dégagées, par la jurisprudence et par la doctrine, pour sauver certains contrats conclus en violation des règles de représentation des personnes morales.

Nous examinerons ensuite le nouvel instrument que constitue le cachet électronique, en présentant les dispositions qui lui sont consacrées par le Règlement eIDAS. Ceci nous permettra de comparer le cachet électronique à la signature électronique, en présentant leurs ressemblances et différences. Nous chercherons également à déterminer comment les principes du Règlement applicables aux cachets électroniques devraient

---

\* Assistant à l'Université de Namur et chercheur au CRIDS. Avocat au barreau de Namur.

être réceptionnés en droit belge. Ce faisant, nous tenterons de dégager les solutions que le cachet électronique pourrait apporter, sur le plan de la sécurité juridique et de la *corporate governance*, aux difficultés inhérentes à la représentation des personnes morales.

## CHAPITRE I. Présentation des règles encadrant la représentation des personnes morales

### SECTION 1. – Pouvoir de représentation des personnes morales

2.- Deux catégories de représentants. Le pouvoir de représentation d'une personne morale appartient, en premier lieu, aux organes désignés par la loi et par les statuts pour représenter la personne morale. Il peut également être délégué à des mandataires spéciaux.

#### § 1. Les organes

3.- Théorie de l'organe. Les personnes morales étant des êtres incorporels, leur action – et en particulier leur aptitude à poser des actes juridiques – ne peut se concevoir que par le truchement de personnes physiques qui leur prêtent leur concours.

C'est ainsi que les personnes morales sont constituées d'organes. Cette appellation désigne des personnes physiques habilitées à agir pour le compte de la personne morale. Les organes s'identifient à la personne morale tant qu'ils restent dans le cadre de leurs fonctions : leurs actes, leurs faits et leurs fautes, dans le cadre de leur mission de représentation de la personne morale, lui sont directement attribués<sup>1</sup>. Ils sont réputés être des actes accomplis par la personne morale elle-même<sup>2</sup>, susceptible de l'engager vis-à-vis des tiers.

Bien que la théorie de l'organe soit construite sur la figure juridique du mandat, dont elle emprunte de nombreuses caractéristiques, l'organe

<sup>1</sup> V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », *R.C.J.B.*, 1999, p. 752 ; P.-A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », in X., *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 264.

<sup>2</sup> S. MAQUET, « Mandat et pratique du droit des sociétés », in X., *Le mandat dans la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 233 ; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 69.

d'une personne morale est plus qu'un mandataire de celle-ci dans ses relations avec les tiers. Disposant d'un pouvoir général de représentation, il ne doit pas justifier sa capacité à engager la société, mais uniquement sa qualité d'organe<sup>3</sup>.

L'article 61 du Code des sociétés consacre légalement ce principe en ce qui concerne les sociétés. Il rappelle en effet que les sociétés agissent par leurs organes, dont les pouvoirs sont déterminés par le Code, l'objet social de la société et les clauses statutaires. Pour ce qui concerne les associations sans but lucratif, cette règle se déduit des articles 13 et suivants de la loi du 27 juin 1991 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations<sup>4</sup>.

4.- Application de la théorie de l'organe en droit des sociétés. La composition et le fonctionnement des organes des personnes morales sont définis par la loi, ainsi que par les dispositions statutaires de la personne morale.

Dans le fonctionnement des organes d'une personne morale, on distingue traditionnellement le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation. Le pouvoir de gestion concerne l'administration de la personne morale dans l'ordre interne, tandis que le pouvoir de représentation vise son activité à l'égard des tiers ainsi que dans le cadre des actions en justice<sup>5</sup>. C'est en vertu de ce pouvoir de représentation qu'un organe est habilité à engager une personne morale à l'égard de tiers.

Les pouvoirs conférés aux organes d'une société sont encadrés par le principe de spécialité. En vertu de celui-ci, la capacité des organes d'une personne morale à engager celle-ci par les actes qu'ils posent est soumise aux limites légales et statutaires apportées au pouvoir des organes. En particulier, les actes posés par un organe ne sont en principe opposables à la personne morale que pour autant que celui-ci respecte les limites statutaires de ses attributions<sup>6</sup>.

En droit des sociétés, le pouvoir de représentation appartient à l'organe de gestion de la personne morale. Ainsi, dans les sociétés privées à responsabilité limitée, chaque gérant est en principe habilité à représenter la société à l'égard des tiers et en justice, à moins que les statuts ne pré-

<sup>3</sup> S. MAQUET, « Mandat et pratique du droit des sociétés », *op. cit.*, p. 234.

<sup>4</sup> La théorie de l'organe est également consacrée aux articles 34 et suivants de la loi du 27 juin 1991 pour ce qui concerne les fondations et à l'article 49 de la loi pour les associations internationales sans but lucratif.

<sup>5</sup> D. WILLERMAIN, « Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés. Questions spéciales », in X., *Droit des affaires et sociétés. Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 148.

<sup>6</sup> V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », *op. cit.*, p. 755.



voient des restrictions à ce pouvoir de représentation<sup>7</sup>. De même, dans les sociétés anonymes, c'est le conseil d'administration, composé en principe d'au moins trois administrateurs, qui est habilité à représenter la société à l'égard des tiers et en justice, à moins que les statuts ne donnent qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement<sup>8</sup>. Il est ainsi fréquent que le pouvoir de représentation d'une société soit délégué à un ou deux membres de son organe de gestion, en vertu d'une clause de simple ou double signature.

La gestion journalière des affaires de la société anonyme, ainsi que la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion, peuvent également être déléguées à un organe spécifique constitué d'une ou plusieurs personnes<sup>9</sup>.

Dans le but d'assurer la protection des intérêts des tiers, la directive du 9 mars 1968<sup>10</sup> a assoupli les dispositions relatives à la validité des engagements pris par les sociétés. Afin de limiter autant que possible les causes de non-validité de ces engagements, l'article 9 de la directive prévoit notamment un régime d'opposabilité à la société des engagements pris par ses organes légalement habilités à la représenter. Ainsi, la société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ces organes, même si ces actes ne relèvent pas de son objet social. De plus, les limitations aux pouvoirs des organes de la société, qui résultent des statuts ou d'une décision de ces organes, sont inopposables aux tiers, même si elles ont été publiées. Elles n'ont donc d'effet que dans l'ordre interne de la société. Ces règles ont été transposées dans notre Code des sociétés et s'appliquent aux sociétés privées à responsabilité limitée<sup>11</sup> et aux sociétés anonymes<sup>12</sup>.

Ces principes visent à prémunir les tiers contre les conséquences d'actes juridiques qui seraient adoptés en violation des règles de représentation ou d'engagement de la société. Un acte valablement accompli par un organe de représentation lie la personne morale, même si la décision interne sous-jacente n'a pas été régulièrement adoptée<sup>13</sup>. Le cas échéant,

<sup>7</sup> Art. 257 C. soc.

<sup>8</sup> Art. 522 C. soc.

<sup>9</sup> Art. 525 C. soc.

<sup>10</sup> Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (« Première directive »), *J.O.*, L. 065 du 14 mars 1968, pp. 0008-0012.

<sup>11</sup> Art. 257 C. soc.

<sup>12</sup> Art. 522 C. soc.

<sup>13</sup> S. MAQUET, « Mandat et pratique du droit des sociétés », *op. cit.*, p. 237.

la personne morale pourra toutefois engager la responsabilité de l'organe responsable de l'excès de pouvoir<sup>14</sup>.

**5.- Application de la théorie de l'organe en droit des associations sans but lucratif.** Au sein d'une ASBL, le conseil d'administration, qui est composé d'au moins trois personnes, est l'organe en charge de sa représentation dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires. Les statuts peuvent cependant prévoir une délégation du pouvoir de représentation de l'ASBL à une ou plusieurs personnes, qu'il s'agisse d'administrateurs ou non<sup>15</sup>. Par ailleurs, la gestion journalière de l'association, et sa représentation dans le cadre de cette gestion, peuvent être déléguées par les statuts à une ou plusieurs personnes déterminées, administrateurs ou non<sup>16</sup>. Deux organes distincts disposent donc d'un pouvoir de représentation de l'ASBL, en fonction du type d'acte qui doit être posé.

Les restrictions apportées au pouvoir de représentation des délégués à la gestion journalière et du conseil d'administration ne sont pas opposables aux tiers, même si elles ont été publiées<sup>17</sup>. De nouveau, elles ne valent que dans l'ordre interne de l'association.

## § 2. Les mandataires

**6.- Mandat spécial.** Complémentairement au principe de la représentation des personnes morales par leurs organes investis d'un pouvoir de représentation, ces dernières peuvent également être engagées à la suite d'actes posés par des agents d'exécution, agissant sur la base d'une délégation spéciale. Le pouvoir de représentation d'un organe de la personne morale peut, en effet, être délégué à un de ses membres, ou à des tiers, dans le cadre d'un mandat spécial donné par l'organe compétent<sup>18</sup>. À titre d'exemple, un employé peut recevoir mandat de la personne morale qui l'emploie, en vue de poser un ou plusieurs actes engageant son employeur. Le mandat donné doit être déterminé et viser certains actes particuliers.

Ce type de mandat ne doit pas faire l'objet d'une disposition statutaire ou d'une publication particulière. Il est opposable aux tiers conformément au droit commun et engage la personne morale relativement aux actes posés par le mandataire dans le respect du mandat reçu. Contrairement

<sup>14</sup> Voy. *infra*, n° 13.

<sup>15</sup> L. 27 juin 1991, art. 13.

<sup>16</sup> L. 27 juin 1991, art. 13bis.

<sup>17</sup> L. 27 juin 1991, art. 13 et 13bis.

<sup>18</sup> D. WILLERMAIN, « Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés. Questions spéciales », *op. cit.*, p. 157.



aux engagements pris par les organes disposant d'un pouvoir de représentation, les actes posés en violation du mandat donné ne sont pas opposables à la personne morale. Les tiers doivent donc s'assurer, lorsqu'ils concluent un contrat avec une personne morale par l'intermédiaire d'un mandataire spécial, que le mandat reçu par celui-ci est valide et que l'acte posé s'inscrit dans le cadre de ce mandat<sup>19</sup>.

Cette situation peut être source de difficultés. Elle implique en effet que, préalablement à tout engagement contractuel, l'autre partie vérifie que la personne qui prétend agir au nom de la personne morale dispose bien du pouvoir de représenter cette dernière, soit parce qu'elle est un organe habilité à la représenter, soit parce qu'elle est investie d'un mandat spécial – qu'il y a lieu de contrôler. S'il peut actuellement s'avérer compliqué de procéder à ce type de vérification, à l'avenir, l'usage des cachets électroniques pourrait faciliter ce contrôle<sup>20</sup>.

## SECTION 2. – Palliatifs aux infractions au pouvoir de représentation d'une personne morale

**7.- Position de la question.** Dans la pratique, l'on voit régulièrement des personnes morales contester certains engagements souscrits en leur nom, au motif que les personnes physiques intervenues pour leur compte ne disposaient pas du pouvoir de les représenter, soit qu'elles n'avaient pas la qualité d'organe ou de mandataire de la personne morale, soit qu'elles ont outrepassé les limites du pouvoir de représentation qui leur avait été confié. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un engagement est pris par un délégué à la gestion journalière, pour le compte d'une personne morale, alors qu'il s'avère que l'acte dépasse le cadre de cette gestion. Dans d'autres hypothèses, une personne se présentant comme investie du pouvoir de représentation de la personne morale, en qualité d'organe ou de mandataire, peut en réalité être dépourvue de celui-ci. Il arrive également que des actes soient conclus par un administrateur d'une société ou d'une ASBL, agissant seul, en violation d'une clause statutaire de double signature.

Ce type de contestation peut être très pénalisant pour les tiers ayant contracté de bonne foi avec la personne morale mal représentée. Ils se voient en effet confrontés à un refus d'exécution des engagements contractuels pris, alors qu'ils ont parfois déjà exécuté leurs propres obligations ou ont pris des dispositions en vue de pouvoir honorer celles-ci.

<sup>19</sup> S. MAQUET, « Mandat et pratique du droit des sociétés », *op. cit.*, p. 247.

<sup>20</sup> Voy. *infra*, n° 30.

Certes, lorsqu'ils s'engagent dans les liens d'un contrat, les tiers cocontractants disposent de la possibilité de vérifier le pouvoir de représentation de leur interlocuteur agissant pour le compte d'une personne morale, soit en consultant les annexes du *Moniteur belge* – lorsqu'il agit de vérifier la qualité d'organe de leur interlocuteur – soit en demandant la production du mandat du représentant de la personne morale. Néanmoins, dans certains secteurs, ou pour certains types de contrats, il est rare que les partenaires prennent le soin, préalablement à la conclusion du contrat, de vérifier la qualité en laquelle interviennent les personnes physiques négociant celui-ci. De plus, le développement des technologies de l'information, et la pratique de plus en plus courante de la conclusion des contrats à distance, accroît le déficit de contrôle que peut exercer le tiers cocontractant sur le représentant d'une personne morale. Un nombre croissant de contrats se négocient et se concluent en effet par échange de correspondances, sans que les partenaires de négociation soient physiquement mis en contact. Dans ces circonstances, il est d'autant plus difficile de s'assurer de l'identité exacte de son interlocuteur et de la qualité en laquelle il intervient.

Confrontées à ce type d'hypothèses, jurisprudence et doctrine ont cherché à dégager des principes assurant un équilibre entre la sauvegarde des règles de représentation des personnes morales et la protection des intérêts des tiers de bonne foi. Trois constructions juridiques peuvent être invoquées pour contraindre une personne morale à exécuter un engagement en dépit d'une violation de ses règles de représentation. À défaut pour le cocontractant de pouvoir bénéficier de l'application de l'une de ces figures juridiques, il faut considérer que le vice affectant la représentation de la personne morale lui permet d'échapper à l'exécution des engagements pris en son nom.

### § 1. Ratification de l'engagement

**8.- Présentation du mécanisme juridique.** L'article 1998, alinéa 2, du Code civil prévoit que le mandant n'est pas tenu des engagements contractés par le mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné, à moins qu'il ne les ait ratifiés. Selon la définition proposée par le Professeur Tilleman, la ratification est l'acte juridique unilatéral consistant dans l'approbation donnée sciemment, après-coup, à l'excès de compétence, et régularisant celui-ci avec effet rétroactif<sup>21</sup>. La ratification permet au mandant de s'approprier l'acte posé par le mandataire au-delà de ses pouvoirs<sup>22</sup>. En outre,

<sup>21</sup> B. TILLEMANS, *Le mandat*, Waterloo, Kluwer, 1999, p. 240.

<sup>22</sup> P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, t. IX, I. XII, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 243.



une ratification est également envisageable pour les actes accomplis sans mandat ou sur la base d'un mandat non valable<sup>23</sup>.

La personne morale ratifiant, *a posteriori*, le contrat non valablement conclu en son nom, en raison d'un problème initial dans le cadre de sa représentation, se voit donc liée par ce contrat, du fait de sa ratification.

Conformément à l'article 1998, alinéa 2, du Code civil, la ratification peut être expresse ou tacite. Dans cette dernière hypothèse, la ratification se déduit d'un acte qui suppose nécessairement une intention de ratifier l'acte juridique accompli<sup>24</sup>. Il en va notamment ainsi en cas d'exécution volontaire, par la personne morale, d'une obligation souscrite en violation des règles de représentation. Une telle exécution volontaire peut notamment se déduire du fait qu'un contrat, conclu par une personne sans pouvoir d'engager une société, n'ait pas été dénoncé par le dirigeant de la société après qu'il ait été mis au courant de son existence et que le contrat ait été exécuté pendant plusieurs années sans la moindre protestation<sup>25</sup>. On considère qu'il y a également ratification tacite d'un contrat conclu entre sociétés commerciales en l'absence de protestation dans un bref délai d'une facture émise en exécution de celui-ci<sup>26</sup>.

## § 2. Théorie du mandat apparent

9.- Généralités. La théorie du mandat apparent offre une protection aux tiers qui ont légitimement pu croire à l'existence et à l'étendue des pouvoirs du pseudo mandataire de la personne morale<sup>27</sup>. Elle permet en effet à la personne qui traite avec une autre personne sur la base d'une situation apparente qui ne correspond pas à la réalité, mais en croyant cependant légitimement que tel est le cas, de se prévaloir des effets qu'aurait créés la situation apparente si elle avait été réelle<sup>28</sup>. En vertu de la théorie du mandat apparent, un pseudo-mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent « non seulement dans le cas où il a fautivement créé l'apparence mais également en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime »<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> B. TILLEMANS, *Le mandat*, op. cit., p. 240 ; P. WÉRY, « Le mandat », op. cit., p. 243.

<sup>24</sup> B. TILLEMANS, *Le mandat*, op. cit., p. 249.

<sup>25</sup> Liège, 8 janvier 1982, *J.L.M.B.*, 1982, p. 294.

<sup>26</sup> Voy. not. Cass., 25 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1831 ; Gand, 13 février 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 142 ; Gand, 10 mars 2008, *J.D.S.C.*, 2009, p. 152.

<sup>27</sup> P. WÉRY, « Le mandat », op. cit., p. 247.

<sup>28</sup> C. VERBRUGGEN, « La théorie de l'apparence : quelques acquis et beaucoup d'incertitudes », in X., *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 301.

<sup>29</sup> Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, I, p. 1258 ; Cass., 26 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2502.

Selon la doctrine, quatre conditions doivent être rencontrées pour prétendre à l'existence d'un contrat sur la base de cette théorie<sup>30</sup> :

- L'existence d'une situation apparente contraire à la réalité.
- L'ignorance légitime dans le chef de la victime quant à la situation réelle. La victime doit être de bonne foi et ne devait pas savoir ou ne pouvait raisonnablement savoir que la situation apparente ne correspondait pas à la réalité<sup>31</sup>.
- La situation apparente doit être imputable au pseudo-mandant, sans pour autant qu'il soit exigé qu'une faute doive nécessairement être démontrée dans le chef de ce dernier.
- L'existence d'un préjudice dans le chef du tiers cocontractant si la situation apparente se voyait privée d'effets.

Dans les rapports entre le pseudo-mandant et le tiers cocontractant, la théorie de l'apparence a pour effet de conférer à la situation apparente les effets juridiques qui auraient été ceux qu'elle aurait eus si elle avait été réelle<sup>32</sup>. L'acte juridique accompli par le pseudo-mandataire est donc directement attribué au pseudo-mandant<sup>33</sup>.

10.- L'imputabilité de la situation apparente. La question de l'imputabilité de la situation apparente au pseudo-mandant a fait l'objet de plusieurs études doctrinales<sup>34</sup>. Cette condition s'est définitivement imposée, en droit belge, suite à un arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2000, par lequel notre cour suprême a estimé qu'« une personne peut être responsable à l'égard d'un tiers des actes accomplis par une autre personne qui, quant à ses actes, suscite l'apparence qu'elle est le mandataire de la première personne, pour autant que cette apparence soit imputable à cette dernière personne »<sup>35</sup>. Cette jurisprudence fut ultérieurement confirmée

<sup>30</sup> Voy. P. WÉRY, « Le contrat de mandat : développements jurisprudentiels récents (2000-2010) », in P. WÉRY (dir.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, CUP, vol. 129, 2011, Liège, Anthemis, spéc. pp. 334 et s ; Fr. GEORGES, « La condition d'imputabilité dans la théorie du mandat apparent », *R.G.D.C.*, 2011, p. 306 ; Bruxelles, 7 avril 2006, *R.G.* n° 2003/AR/2917, sommaire sur [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>31</sup> B. TILLEMANS, *Le mandat*, op. cit., p. 273.

<sup>32</sup> P. WÉRY, « Le mandat », op. cit., p. 250.

<sup>33</sup> B. TILLEMANS, *Le mandat*, op. cit., p. 290 ; P. WÉRY, « Le mandat », op. cit., p. 250.

<sup>34</sup> Voy. not. M. GRÉGOIRE et M. VON KUEGELGEN, « Le mandat – Aspects controversés », in X., *Les contrats spéciaux*, coll. CUP, 1999, vol. 34, pp. 191-198 ; P.-A. FORTIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », op. cit., pp. 247-253 ; G. COLLARD, « De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes. De la nécessaire mise en balance de l'intérêt des sociétés pseudo-mandantes et de celui des tiers frustrés dans leurs expectatives », *Rev. prat. soc.*, 2001, pp. 323-347.

<sup>35</sup> Cass., 20 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 54.



par des arrêts de la Cour de cassation du 25 juin 2004<sup>36</sup> et du 2 septembre 2010, soulignant que la situation apparente est imputable au pseudo-mandant « s'il a librement par son comportement, même non fautif, contribué à créer ou à laisser subsister cette apparence »<sup>37</sup>. Ainsi, l'application de la théorie du mandat apparent en matière de représentation des personnes morales suppose que la situation apparente puisse être imputée à la personne morale, qui doit avoir contribué à créer ou à laisser se développer cette situation, alors qu'elle aurait pu la faire cesser<sup>38</sup>. Ceci suppose que la personne morale ait mis à la disposition de son pseudo-mandataire les moyens concrets susceptibles de créer l'apparence, ou qu'elle n'ait pas mis en place un système de contrôle ou de publicité suffisant permettant de porter à la connaissance des tiers les limites, la durée ou les conditions du mandat qui aurait été donné, ou encore que par son activité elle ait laissé perdurer des situations de nature à induire les tiers en erreur<sup>39</sup>.

Ceci implique notamment que les personnes morales veillent à mettre en place un contrôle adéquat des moyens d'identification qu'elles mettent à la disposition de leurs représentants. En effet, selon le Professeur Tilleman, le fait pour une personne physique de disposer de documents identifiant une personne morale – un cachet de la personne morale par exemple – ou d'avoir accès aux moyens de communication utilisés par la personne morale, peut rencontrer la condition d'imputabilité du mandat apparent<sup>40</sup>. Dans un arrêt du 29 novembre 2013, la cour d'appel de Bruxelles a jugé qu'une société, représentée par l'épouse de son administrateur-délégué, qui était en réalité dépourvue du pouvoir de représentation de la personne morale, pouvait néanmoins être engagée dans les liens d'un contrat du fait des actes posés par cette dame, sur la base d'un mandat apparent. Pour parvenir à cette conclusion, la cour d'appel s'est fondée sur la bonne foi du cocontractant et a déduit l'imputabilité de la situation apparente à la société de l'utilisation du cachet de cette société sur le document contractuel signé par l'épouse de l'administrateur-délégué. La Cour a considéré que la présence du cachet de la personne morale sur le document signé ne pouvait s'expliquer que par une intervention de l'administrateur-délégué, qui soit avait mis ce cachet à la disposition de son épouse, soit l'avait apposé lui-même sur le document. Elle a estimé que, dans les deux cas, l'administrateur-délégué de la société avait contribué à

créer l'apparence que son épouse avait le pouvoir de représenter cette dernière, ce qui a justifié la sauvegarde du contrat<sup>41</sup>. Cette jurisprudence peut être transposée à l'utilisation de moyens d'identification électronique de la personne morale, tels que son cachet électronique<sup>42</sup>.

**11.- L'ignorance légitime du tiers cocontractant.** Pour pouvoir se prévaloir de la théorie du mandat apparent, la victime doit pouvoir démontrer son ignorance légitime de la situation réelle. En effet, la théorie de l'apparence ne peut servir une personne qui connaissait la situation réelle ou devait la connaître<sup>43</sup>. Ceci génère une obligation de vérification raisonnable dans le chef de la victime, qui s'apprécie au regard du critère du bon père de famille<sup>44</sup>. Le Professeur Kruithof synthétise ainsi la portée de cette exigence de vérification préalable par la victime :

*« C'est aux vérifications usuelles qu'il faut surtout avoir égard pour déterminer dans chaque cas concret dans quelle mesure la croyance erronée de la victime a été légitime ou non. Ainsi, il est évident que le tiers qui éprouve un doute, doit procéder à des vérifications appropriées. De même, si la situation présente certaines anomalies qui devraient éveiller la suspicion du tiers, celui-ci commet une faute s'il ne prend pas les précautions qui s'imposent pour dissiper l'erreur »<sup>45</sup>.*

Puisque les règles légales régissant le fonctionnement des personnes morales imposent la publicité de leurs statuts et des actes de désignation de leurs organes, les tiers sont en principe en mesure d'apprécier le pouvoir de représentation dont dispose leur interlocuteur. Dans bon nombre de situations, il suffit en effet au cocontractant de vérifier aux annexes du *Moniteur belge*<sup>46</sup> le pouvoir de représentation de l'organe, ou de demander au mandataire spécial la preuve de la procuration qu'il prétend détenir, pour apprécier la validité des engagements négociés au nom d'une personne morale<sup>47</sup>. Dans cette mesure, s'il apparaît ultérieurement que la personne intervenant pour le compte de la personne morale était dépourvue de tout pouvoir de représentation, la condition liée au caractère légi-

<sup>36</sup> Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1162.

<sup>37</sup> Cass., 2 septembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 303.

<sup>38</sup> M. ERNOTTE, « L'application de la théorie du mandat apparent en matière de représentation des sociétés », *J.D.S.C.*, 2008, p. 132 ; P.-A. FORTIER, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 252.

<sup>39</sup> M. GRÉGOIRE et M. VON KUEGELGEN, « Le mandat – Aspects controversés », *op. cit.*, p. 195.

<sup>40</sup> B. TILLEMANS, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 266.

<sup>41</sup> Bruxelles, 29 novembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1835.

<sup>42</sup> Voy. *infra*, n° 31.

<sup>43</sup> R. KRUTHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », *R.C.J.B.*, 1991, p. 71.

<sup>44</sup> B. TILLEMANS, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 283.

<sup>45</sup> R. KRUTHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>46</sup> Les annexes du *Moniteur belge* sont disponibles sur le site de la Banque carrefour des entreprises.

<sup>47</sup> G. COLLARD, « De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes. De la nécessaire mise en balance de l'intérêt des sociétés pseudo-mandantes et de celui des tiers frustrés dans leurs expectatives », *op. cit.*, p. 338.



time de l'ignorance dont a fait preuve le tiers cocontractant pourrait s'avérer discutable. Néanmoins, la doctrine relève que certaines circonstances, qui doivent faire l'objet d'une appréciation *in concreto*, peuvent amener la victime à justifier le caractère légitime de sa croyance dans la situation apparente nonobstant une absence de vérification dans son chef. Parmi les nombreuses causes évoquées pour justifier une telle absence de vérification, citons notamment la nature de l'acte à poser, son importance, sa gravité ou son urgence, la qualité du tiers ou du mandataire apparent, ainsi que les usages ou les habitudes<sup>48</sup>.

Ainsi, le Tribunal de commerce de Bruxelles a jugé que le fait qu'un employé d'une société dispose de certaines attributions par lesquelles il lui était loisible de prendre certains engagements pour le compte de son employeur et qu'en outre il avait accès au papier à en-tête et à un cachet-tampon de cette société, était susceptible de créer chez les tiers l'impression légitime qu'il était investi d'un pouvoir de représentation dont il ne bénéficiait pas en réalité<sup>49</sup>. Un raisonnement similaire pourrait prévaloir, à l'avenir, en cas d'utilisation abusive du cachet électronique d'une personne morale<sup>50</sup>.

### § 3. Responsabilité extracontractuelle de la personne morale

12.- Application de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil. À défaut pour le tiers de pouvoir établir l'existence d'un contrat conclu avec la personne morale, ce dernier peut chercher à engager sa responsabilité, ou celle de son pseudo représentant, sur le plan extracontractuel. Dès lors que notre Cour de cassation interdit le cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle<sup>51</sup>, ceci implique que le débat sorte de la sphère contractuelle et que le demandeur puisse établir l'existence d'une faute et

<sup>48</sup> P.-A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le mandat (1991 à 2004) », in F. GLANSDORFF (coord.), *Actualités de quelques contrats spéciaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 92-94 ; G. COLLARD, « De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes. De la nécessaire mise en balance de l'intérêt des sociétés pseudo-mandantes et de celui des tiers frustrés dans leurs attentes », *op. cit.*, pp. 341-344 ; M. ERNOTTE, « L'application de la théorie du mandat apparent en matière de représentation des sociétés », *op. cit.*, p. 133 ; B. TILLEMANS, *Le mandat*, *op. cit.*, pp. 275-287.

<sup>49</sup> Comm. Bruxelles, 18 novembre 1981, *R.P.S.*, 1982, p. 164.

<sup>50</sup> Voy. *infra*, n° 31.

<sup>51</sup> Cass., 4 juin 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 940 ; Cass., 3 décembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 412 ; Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155 ; Cass., 9 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 296 ; Cass., 28 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 856 ; Cass., 23 mai 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 236 ; Cass., 26 avril 2002, *Pas.*, 2002, p. 1017 ; Cass., 21 juin 2002, *Pas.*, 2002, p. 1407 ; Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1911.

d'un dommage autres que contractuels dans le chef de la personne morale ou de son représentant<sup>52</sup>.

Sur le plan extracontractuel, si la figure du mandat ne permet pas d'imputer au mandant les fautes aquilienne du mandataire excédant les pouvoirs dont il est investi, il est par contre envisageable d'engager la responsabilité aquilienne de la personne morale, sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, lorsque le faux représentant a agi en qualité de préposé de celle-ci<sup>53</sup>. Le mécanisme instauré par l'article 1384 du Code civil impose, en effet, au commettant, la réparation du dommage causé par la faute de son préposé dans les fonctions auxquelles il l'emploie. L'obligation visant le commettant est fondée sur une présomption irréfragable de faute, de sorte qu'il ne peut échapper à la mise en cause de sa responsabilité, en démontrant qu'il n'aurait lui-même commis aucune faute<sup>54</sup>. Il suffit que l'acte fautif qui a causé le dommage ait été commis par le préposé du commettant au cours de ses fonctions et qu'il présente un lien, même indirect, avec celles-ci.

La Cour de cassation affirme, à propos de la responsabilité du commettant du fait de son préposé agissant au-delà des limites de ses fonctions, que « l'acte illicite, fût-il intentionnel, doit certes rentrer dans les fonctions du préposé ; il suffit toutefois que cet acte ait été accompli pendant le temps de la fonction et qu'il soit, même indirectement et occasionnellement, en relation avec celle-ci ; si cet acte résulte d'un abus de fonctions, le commettant n'est exonéré de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions. Lorsque l'acte illicite résulte d'un abus de fonctions, est accompli pendant le temps de la fonction et est, même indirectement et occasionnellement, en relation avec celle-ci, le commettant doit, dès lors, répondre civilement de la faute de son préposé »<sup>55</sup>.

L'on signalera également que, si les organes d'une personne morale, agissant en cette qualité et dans les limites de leurs fonctions, commettent une faute aquilienne, ils engagent la responsabilité de cette dernière sur la base de l'article 1382 du Code civil<sup>56</sup>. Le détournement par l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, ne se justifie pas dans cette hypothèse<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », *R.C.J.B.*, 1999, pp. 760-761.

<sup>53</sup> P. WÉRY, « Le mandat », *op. cit.*, p. 257.

<sup>54</sup> P.-A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 266.

<sup>55</sup> Cass., 21 mars 2013, R.G. n° C.11.0476.F, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>56</sup> V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », *op. cit.*, p. 753.

<sup>57</sup> P.-A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 264.



### SECTION 3. – Recours de la personne morale engagée à son insu

**13.- Responsabilité personnelle des organes et mandataires.** Dans les hypothèses présentées ci-dessus, une personne morale peut se voir engagée dans les liens d'un contrat à son insu. Il est donc primordial, pour la personne morale, de prévenir et de surveiller les éventuels abus dont pourraient se rendre responsables ses organes et ses mandataires. À cette fin, elle doit veiller à définir, de manière non équivoque, la portée du mandat spécial donné à un mandataire. Elle doit également éviter le développement de toute situation créant une apparence de mandat et, le cas échéant, y mettre un terme le plus rapidement possible.

La personne morale qui serait néanmoins victime des indécidités d'un mandataire négligent ou d'un organe sorti du cercle de ses pouvoirs peut engager leur responsabilité contractuelle sur la base des règles applicables au mandat. La théorie de l'organe ne s'applique, en effet, que dans les relations entre la personne morale et les tiers, et ne connaît pas de prolongement en interne, dans les rapports entre la personne morale et son organe<sup>58</sup>. À l'égard de la personne morale, l'organe est un mandataire, tenu de rendre compte conformément aux dispositions de droit commun relatives au contrat de mandat. Il est notamment responsable en cas de violation des dispositions légales régissant le fonctionnement de la personne morale ou de ses statuts. La responsabilité d'un organe pourrait donc être engagée en cas de non-respect d'une disposition statutaire encadrant son pouvoir de représentation.

Ainsi, que la personne qui a engagé la personne morale dans les liens d'un contrat ait agi en qualité d'organe ou sur la base d'un mandat spécial, elle est tenue des fautes commises dans le cadre de l'exécution de cette mission, conformément à l'article 1992 du Code civil.

Néanmoins, ce type d'action doit tenir compte, en ce qui concerne les personnes ayant un statut d'employé de la personne morale, de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui prévoit qu'à l'égard de son employeur, le travailleur ne répond que de son dol, de sa faute lourde ou de sa faute légère habituelle. En ce qui concerne les organes, il faut également se montrer attentif à l'application du principe de la décharge, organisé par le Code des sociétés<sup>59</sup> et par la

<sup>58</sup> V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », *op. cit.*, p. 755.

<sup>59</sup> Voy. art. 284 C. soc. pour les SPRL, art. 411 C. soc. pour les SCRL et art. 554 C. soc. pour les SA.

loi du 27 juin 1921<sup>60</sup>. La décharge est l'acte par lequel l'assemblée générale de la personne morale reconnaît que l'organe de gestion a régulièrement accompli sa mission.

## CHAPITRE II. Représentation des personnes morales et identification électronique

### SECTION 1. – La signature électronique et les personnes morales

**14.- Personnes morales et signature électronique.** La capacité de représentation dont disposent les organes et mandataires d'une personne morale se matérialise par leur pouvoir de signature. En effet, c'est généralement la signature apposée sur le document contractuel par l'organe ou le mandataire compétent, au nom de la personne morale, qui prouve l'engagement de cette dernière dans les liens du contrat.

Si les personnes morales doivent nécessairement avoir recours à la signature manuscrite d'une personne physique pour signer un document papier, il n'en va pas de même dans l'univers électronique. Lors de la transposition de la directive 1999/93/CE<sup>61</sup>, le législateur belge a en effet souhaité donner aux personnes morales la possibilité de faire usage de leur propre signature électronique qualifiée, indépendante de la signature électronique des personnes physiques les représentant, en vue de matérialiser leurs engagements<sup>62</sup>. Ce faisant, la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification<sup>63</sup> a réservé aux personnes morales la faculté d'être directement titulaires d'un certificat de signature électronique qualifiée. L'article 4, § 4, de la loi, qui fixe le principe de l'assimilation des signatures électroniques qualifiées aux signatures manuscrites, stipule expressément que la signature électronique qualifiée peut être réalisée par une personne physique ou par une personne morale. Par ailleurs, l'article 8, § 3, de la loi a autorisé

<sup>60</sup> Art. 4 L. 27 juin 1921.

<sup>61</sup> Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.*, L. 13 du 19 janvier 2000, pp. 12-20.

<sup>62</sup> B. VANBRABANT, « La signature électronique des personnes morales », in E. MONTERO (coord.), *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, vol. 54, 2002, pp. 175-228.

<sup>63</sup> *M.B.*, 29 septembre 2001, p. 33070.



les prestataires de services de certification à délivrer un certificat de signature électronique qualifiée aux personnes morales, à condition de tenir un registre contenant le nom et la qualité de la personne physique qui représente la personne morale et qui fait usage de la signature liée au certificat. Les personnes morales se sont ainsi vues reconnaître la faculté de signer leurs engagements au moyen d'une signature électronique qualifiée personnelle, autonome de celle de leurs organes ou mandataires. Ceci a eu pour conséquence de permettre aux personnes morales de manifester leur adhésion au contenu de certains actes, sans qu'il faille rechercher l'identité – et *a fortiori* vérifier le pouvoir de représentation – de la personne physique ayant fait usage du dispositif de création de signature électronique qualifiée<sup>64</sup>.

La pratique des signatures électroniques qualifiées directement délivrées aux personnes morales est toutefois restée relativement confidentielle en Belgique.

En outre, contrairement à la Belgique, certains États membres ont expressément exclu que les personnes morales puissent disposer de leur propre signature électronique qualifiée, imposant que le signataire d'un acte soit nécessairement une personne physique. C'est notamment le cas de la France<sup>65</sup>.

Partant de ce constat, et dans le but de favoriser une harmonisation plus avancée des processus d'identification électronique et des services de confiance pour les transactions électroniques, le Règlement eIDAS a définitivement retiré aux personnes morales la possibilité de faire usage de leur propre signature électronique qualifiée. De manière explicite, le Règlement réserve désormais aux seules personnes physiques la possibilité d'utiliser une signature électronique<sup>66</sup>. Il ne se désintéresse toutefois pas de la question de l'identification électronique des personnes morales, puisqu'il leur réserve un nouvel instrument d'authentification, le cachet électronique.

## SECTION 2. – Le cachet électronique : nouvel instrument d'authentification à disposition des personnes morales

**15.- Règlement eIDAS et cachet électronique.** Le cachet électronique est défini par le Règlement eIDAS comme un outil constitué de données électroniques, « qui sont jointes ou associées à d'autres données électroniques en vue de garantir l'origine et l'intégrité de ces dernières »<sup>67</sup>.

Si les fonctions assignées par le Règlement eIDAS au cachet électronique diffèrent de celles qui sont conférées à la signature électronique, les deux instruments présentent néanmoins d'importantes similitudes d'un point de vue technique. Le cachet électronique emprunte, en effet, des outils matériels et logiciels identiques à ceux utilisés pour la création de la signature électronique<sup>68</sup>.

C'est pourquoi les dispositions du texte européen afférentes au cachet électronique sont calquées sur les articles consacrés à la signature électronique. Ainsi, à l'instar de la signature électronique, le cachet électronique se décline, selon son niveau de sécurité, sous des formes ordinaire, avancée ou qualifiée.

Comme le précise le considérant 65 du Règlement, le cachet électronique peut être utilisé pour authentifier des documents électroniques émanant d'une personne morale (factures, bons de commande, e-mails, etc.), ainsi que pour confirmer l'origine et l'intégrité de biens numériques de la personne morale, telles que des codes logiciels ou des serveurs. En pratique, le cachet électronique pourrait faire l'objet d'usages variés, allant du document officiel dont une entreprise veut assurer l'intangibilité (déclaration fiscale, comptes annuels, etc.), à l'offre déposée en ligne dans le cadre d'un marché public pour laquelle le soumissionnaire s'authentifie grâce à son cachet électronique, en passant par les billets d'avion ou tickets de spectacle commandés et transmis en ligne, dont l'authenticité est garantie par le cachet électronique de l'émetteur.

**16.- Le créateur de cachet.** Alors que la signature électronique est, comme nous l'avons signalé, désormais réservée aux personnes physiques, le cachet électronique est pour sa part un moyen d'authentification à la seule disposition des personnes morales<sup>69</sup>.

Le Règlement eIDAS ne définit toutefois pas ce que recouvre la notion de personne morale, faute d'harmonisation européenne de ce concept. Le considérant 68 précise à cet égard que les termes « personne morale » désignent toute entité constituée en vertu du droit d'un État membre, quelle que soit sa forme juridique. En droit belge, le cachet électronique doit donc être appréhendé comme un outil à la disposition des sociétés, des associations sans but lucratif et des fondations, mais aussi des groupements d'intérêts économiques et des personnes morales de droit public. Une association de fait ne pourrait, par contre, disposer de son cachet électronique, à défaut de disposer de la personnalité juridique.

<sup>64</sup> B. VANBRABANT, « La signature électronique des personnes morales », *op. cit.*, p. 210.

<sup>65</sup> E. CAPRIOLI, *Signature électronique et dématérialisation*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 166.

<sup>66</sup> Voy. la définition du terme « signataire » à l'article 3, 9° du Règlement.

<sup>67</sup> Art. 3, 25°.

<sup>68</sup> D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », février 2015, p. 38, dossier publié sur le site [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org).

<sup>69</sup> Voy. la définition des termes « créateur de cachet » à l'article 3, 24°, du Règlement.



### SECTION 3. – Les fonctions du cachet électronique

**17.- Fonctions respectives des signatures et cachets électroniques.** Au-delà de la personnalité de leur titulaire, cachets électroniques et signatures électroniques se différencient également par leurs fonctions.

Le Règlement eIDAS n'identifie pas expressément les fonctions de la signature électronique. En précisant que la signature électronique a pour objet de signer des données électroniques<sup>70</sup>, il laisse le soin aux législateurs nationaux de préciser ces fonctions. La doctrine enseigne traditionnellement que la signature permet d'imputer un acte à son signataire, en l'identifiant et en marquant son adhésion au contenu de l'acte<sup>71,72</sup>.

Les fonctions du cachet électronique sont, par contre, expressément identifiées dans le Règlement eIDAS. Aux termes de celui-ci, le cachet vise à garantir l'origine et l'intégrité des données électroniques auxquelles il est lié. Il poursuit donc une fonction d'authentification de la personne morale et une fonction de maintien de l'intégrité des données auxquelles il est lié<sup>73</sup>.

Deux fonctions paraissent par conséquent distinguer signature électronique et cachet électronique : la fonction d'adhésion que connaît la signature et non le cachet, et la fonction d'intégrité dont l'application aux signatures électroniques est controversée par la doctrine, bien qu'en droit belge l'article 1322 du Code civil impose sans ambiguïté aux signatures électroniques le respect de cette fonction également.

**18.- Fonction d'adhésion.** La fonction d'adhésion est une composante essentielle de la signature. Cette dernière doit matérialiser le consentement du signataire à l'acte qu'il signe. Le cachet électronique ne doit, par contre,

pas marquer l'adhésion de la personne morale au contenu des données auquel il est lié. Si tel était le cas, cela signifierait que l'emploi d'un cachet pourrait manifester le consentement de la personne morale qui l'utilise<sup>74</sup> et l'engager sur le plan juridique, ce qui aurait un impact conséquent sur les règles nationales de représentation des personnes morales. Or, le Règlement eIDAS n'avait pas pour vocation d'harmoniser cette question.

Le texte européen ne semble toutefois pas interdire aux législateurs nationaux de donner au cachet électronique une fonction d'adhésion<sup>75</sup>. Le considérant 24 du Règlement eIDAS autorise en effet les États membres à adopter des dispositions nationales spécifiques ayant trait aux services de confiance, pour autant que ceux-ci ne soient pas complètement harmonisés par le Règlement. C'est pourquoi les autorités belges songent à donner à certaines formes de cachets électroniques – à savoir les cachets électroniques qualifiés – la fonction d'engager juridiquement la personne morale. Le Gouvernement belge souhaite, en effet, insérer une disposition dans le Code de droit économique, qui aurait pour objectif d'assimiler le cachet électronique qualifié créé par une personne morale à la signature de la personne physique qui représente la personne morale<sup>76</sup>. Ainsi, en droit belge, les cachets électroniques qualifiés bénéficieraient d'un principe d'assimilation aux signatures manuscrites des personnes physiques représentant les personnes morales créatrices de ces cachets. Ce principe d'assimilation va au-delà de la présomption d'intégrité des données et d'exactitude de leur origine qui est prévue par l'article 35 du Règlement eIDAS. De cette manière, le législateur belge entend maintenir la possibilité de signer qu'il reconnaît, depuis 2001, aux personnes morales qui font usage de services de confiance qualifiés.

L'avant-projet de loi prévoit toutefois de limiter la fonction d'adhésion qui serait reconnue aux cachets électroniques qualifiés aux rapports entre personnes domiciliées ou établies en Belgique, afin de ne pas créer d'obstacle à l'utilisation transfrontière du cachet électronique.

<sup>74</sup> E. CAPRIOLI, *Signature électronique et dématérialisation*, op. cit., p. 166.

<sup>75</sup> H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », in *Pas de droit sans technologie*, CUP, vol. 158, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 71 ; D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », op. cit., p. 39.

<sup>76</sup> Avant-projet de loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, art. 7.

<sup>70</sup> Le Règlement eIDAS ne définit pas le terme « signer » et renvoie, sur ce point, aux effets conférés à la signature par le droit national des États membres.

<sup>71</sup> Sur les fonctions de la signature, voy. not. D. MOUGENOT, « La preuve », op. cit., p. 218 ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 353-354 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », J.T., 2002, p. 558 ; E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », D.A.O.R., 2002, p. 22 ; P. VAN ECKE, « De elektronische handtekening in het recht », R.D.C., 2009, p. 338 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Introduction : Cadre légal – Notions fondamentales », in P. VAN OMMESELAGHE (COORD.), *Incidence des nouvelles technologies de la communication sur le droit commun des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 30-31.

<sup>72</sup> Voy. dans le présent ouvrage les contributions de B. LOSDYCK, nos 11 et 12 et H. JACQUEMIN, n° 22.

<sup>73</sup> Cette fonction de maintien de l'intégrité des données explique l'emploi du terme « seal » (« sceau ») dans la version anglaise du Règlement eIDAS. Le cachet électronique est une forme de sceau qui vient sceller les données électroniques au regard desquelles il est appliqué.



De plus, il est expressément précisé que la portée que le Gouvernement belge veut donner à l'usage du cachet électronique qualifié n'affectera pas les dispositions légales et réglementaires concernant la représentation des personnes morales. L'usage d'un cachet électronique qualifié doit exclusivement avoir pour conséquence son assimilation à la signature de la personne physique à l'origine de cet usage. Il ne permet pas de déduire automatiquement que la personne morale est valablement engagée du simple fait du recours à ce cachet électronique qualifié. Pour ce faire, il importe de vérifier le pouvoir de représentation de la personne physique ayant fait usage du cachet. Les questions soulevées dans le premier chapitre de cette contribution, dans le cadre de l'examen des règles relatives au pouvoir de représentation des personnes morales, trouveront donc à s'appliquer également en cas d'usage de cachets électroniques qualifiés.

**19.- Fonction d'intégrité.** La fonction d'intégrité, qui caractérise les cachets électroniques, semble également distinguer ceux-ci des signatures électroniques.

Cette question est néanmoins controversée, dès lors que le Règlement eIDAS ne définit pas expressément les fonctions des signatures électroniques, laissant cette responsabilité aux législateurs nationaux. Si, en droit belge, l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, impose certes au juge, avant de conférer des effets juridiques à une signature électronique ordinaire ou avancée, de vérifier qu'elle peut établir le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte auquel elle est liée, cette condition est néanmoins très critiquée par la doctrine. Une majorité d'auteurs considère en effet que, dans l'environnement papier, l'intégrité de l'acte n'est pas assurée par la signature, mais par le support écrit qui contient cet acte. Dans une perspective fonctionnelle, ils critiquent par conséquent le choix du législateur belge d'assigner une fonction d'intégrité à la signature électronique, relevant que cette condition est susceptible de priver certaines signatures électroniques ordinaires d'efficacité juridique<sup>77</sup>.

On relèvera cependant que l'article 32 du Règlement eIDAS conditionne désormais la validation des signatures électroniques qualifiées à

<sup>77</sup> Sur cette question voy. H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *op. cit.*, pp. 73-74 ; E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A.O.R.*, 2011, p. 238 ; D. MOUGENOT, « La preuve », *op. cit.*, p. 219 ; J.-B. HUBIN, « Signature scannée : quand une technologie simple confronte le juriste à des questions complexes », *R.D.T.I.*, 2014, p. 124 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Introduction : Cadre légal – Notions fondamentales », *op. cit.*, p. 31. *Contra* : P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique – clp 2eme », *Act. dr.*, 2002, pp. 298-299.

<sup>78</sup> Voy. dans le présent ouvrage les contributions de B. LOSDYCK, nos 11 et 12 et H. JACQUEMIN, n° 22.

l'exigence que l'intégrité des données signées ne soit pas compromise. Comme les cachets électroniques, les signatures électroniques qualifiées doivent donc également assurer le maintien de l'intégrité des données auxquelles elles sont liées.

Par contre, cette fonction de maintien de l'intégrité n'est pas formulée par le Règlement eIDAS pour les signatures électroniques ordinaires.

Enfin, en ce qui concerne les signatures électroniques avancées, l'article 26 du Règlement prévoit que celles-ci doivent permettre de détecter toute modification ultérieure des données signées. Les signatures électroniques avancées ne doivent donc pas garantir, en tant que tel, le maintien de l'intégrité des données signées, mais elles doivent néanmoins permettre de déceler une altération de celles-ci.

## SECTION 4. – Formes de cachets électroniques et effets

### § 1. Le cachet électronique ordinaire

**20.- Présentation.** À l'instar de ce qui est prévu pour les signatures électroniques, le Règlement eIDAS distingue différents niveaux de sécurité pour les cachets électroniques.

Le Règlement prévoit l'existence d'un cachet électronique ordinaire, défini comme « des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique pour garantir l'origine et l'intégrité de ces dernières ».

**21.- Effets.** Le cachet électronique ordinaire bénéficie du principe de non-discrimination. En vertu de l'article 35, § 1, du Règlement, il ne peut être privé d'effet juridique ou de recevabilité en tant que preuve en justice au seul motif qu'il se présente sous un format électronique. En cas de litige, il appartient toutefois aux juridictions saisies d'apprécier si le processus électronique utilisé est apte à garantir l'origine et l'intégrité des données électroniques.

### § 2. Le cachet électronique avancé

**22.- Présentation.** Le cachet électronique avancé est un cachet électronique lié au créateur du cachet de manière univoque, permettant d'identifier celui-ci. Il doit être créé à l'aide de données uniques utilisées par le créateur du cachet qu'il peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle. Enfin, le cachet électronique avancé doit être lié aux données auxquelles il est associé, de sorte que toute modification



ultérieure de ces données soit détectable. Les trois premières exigences attachées au cachet électronique avancé lui permettent de rencontrer sa première fonction, qui est de garantir l'origine des données électroniques. Quant à la dernière exigence, elle concrétise la fonction d'intégrité du cachet.

**23.- Effets.** Le Règlement n'attache pas d'effet spécifique aux cachets électroniques avancés qui ne seraient pas créés à l'aide d'un dispositif de création de cachet électronique qualifié, sous réserve de la reconnaissance, à l'article 37 du texte européen, de la faculté pour les États membres d'exiger l'usage d'un cachet électronique avancé dans le cadre de l'utilisation d'un service en ligne offert par un organisme de service public. Pour le surplus, les cachets électroniques avancés bénéficient du principe de non-discrimination prévu par l'article 35, § 1, du Règlement. Bien qu'ils ne disposent pas formellement de la présomption d'intégrité et d'exactitude de l'origine réservée par l'article 35, § 2 aux seuls cachets électroniques qualifiés, l'on peut néanmoins estimer que les garanties offertes par les cachets électroniques avancés, compte tenu des exigences auxquelles ils doivent satisfaire, inciteront les Cours et tribunaux à reconnaître qu'ils prouvent adéquatement l'origine et l'intégrité des données électroniques auxquelles ils sont liés.

### § 3. Le cachet électronique qualifié

**24.- Présentation.** Le cachet électronique qualifié emprunte les caractéristiques du cachet électronique avancé, tout en présentant la particularité d'être créé à l'aide d'un dispositif de création de cachet électronique satisfaisant à certaines exigences fixées à l'annexe II du Règlement et reposant sur un certificat qualifié délivré par un prestataire de services de confiance qualifié. Ces exigences renvoient à l'usage de la technologie de la cryptographie asymétrique.

**25.- Effets.** En vertu de l'article 35, § 2, du Règlement, les cachets électroniques qualifiés font bénéficier aux données auxquelles ils sont associés d'une présomption d'intégrité et d'exactitude de leur origine. Il s'agit d'une présomption réfragable<sup>79</sup>. Ainsi, les documents électroniques munis d'un cachet électronique qualifié sont réputés provenir de la personne morale qui a créé le cachet et leur contenu est présumé intègre.

<sup>79</sup> H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *op. cit.*, p. 83 ; D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », *op. cit.*, p. 40.

### 26.- Identification de l'utilisateur du cachet électronique qualifié.

L'usage du cachet électronique qualifié implique la délivrance d'un certificat qualifié, délivré par un prestataire de services de confiance qualifié, à la personne morale titulaire du cachet. Les certificats de cachets électroniques qualifiés doivent rencontrer les exigences fixées à l'Annexe III du Règlement eIDAS. Ces exigences visent à assurer la sécurité des informations fournies aux tiers lors de l'utilisation du cachet. C'est pourquoi les certificats doivent notamment renseigner les tiers sur l'identité – à savoir la dénomination et le numéro d'immatriculation – de la personne morale créatrice du cachet électronique, et sur la durée de validité de celui-ci.

On relèvera que les certificats qualifiés de cachet électronique ne doivent pas fournir d'informations en vue d'identifier la personne physique faisant usage du cachet et agissant, de ce fait, pour le compte de la personne morale. Ceci serait pourtant d'une grande utilité afin de permettre aux tiers de vérifier le pouvoir de représentation de leur interlocuteur, avant par exemple de s'engager dans les liens d'un contrat<sup>80</sup>. Le considérant 60 du Règlement invite certes les prestataires de services de confiance délivrant des certificats qualifiés de cachet électronique à mettre en œuvre les mesures nécessaires afin de pouvoir établir l'identité de la personne physique représentant la personne morale à laquelle le certificat qualifié de cachet électronique est fourni. Néanmoins, ce considérant n'oblige le prestataire de services de confiance qu'à identifier la personne physique représentant la personne morale à l'occasion de la demande de certificats qualifiés de cachet électronique, et non les personnes physiques autorisées à faire usage des certificats délivrés.

Au vu de cette situation, le Gouvernement belge songe à imposer aux personnes morales titulaires de certificats qualifiés de cachet électronique d'adopter des mesures afin de pouvoir établir l'identité des personnes physiques habilitées à faire usage du cachet, ainsi que leur pouvoir de représentation de la personne morale<sup>81</sup>. De cette manière, les personnes ayant accès à ces données pourraient aisément contrôler si l'usage du cachet par la personne physique identifiée sur le certificat est conforme au pouvoir de représentation dont cette personne dispose. Cette obligation devrait conduire les personnes morales titulaires de certificats de

<sup>80</sup> Voy. *supra*, n° 7.

<sup>81</sup> Avant-projet de loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, art. 8.



cachet électronique à tenir une base de données sécurisée, en interne, en vue de pouvoir fournir les informations requises. Grâce à cette source, elles pourraient répondre à des demandes de renseignements provenant d'autorités administratives ou judiciaires. L'accès à cette base de données serait toutefois limité et serait soumis au contrôle strict de la personne morale.

La nécessité d'un tel registre est accentuée par le fait que, comme nous l'avons souligné<sup>82</sup>, le Gouvernement belge entend assimiler le cachet électronique qualifié à la signature manuscrite de la personne physique représentant la personne morale qui a créé le cachet. Afin de pouvoir mettre en œuvre ce principe, il importe que la personne morale titulaire du cachet – et le cas échéant les autorités administratives et judiciaires – puissent déterminer avec certitude l'identité de la personne physique faisant usage de celui-ci.

N'étant pas accessibles aux tiers, les mentions de ce registre ne pourront être invoquées, à leur égard, pour contester l'opposabilité à la personne morale d'un engagement scellé de son cachet. Néanmoins, en cas d'abus de pouvoir, le registre permettra à la personne morale ou aux autorités compétentes d'identifier la personne responsable de cet abus, et éventuellement d'engager des poursuites à son égard<sup>83</sup>.

**27.- Période de validité.** Le Règlement eIDAS prévoit que les certificats qualifiés de cachet électronique sont délivrés pour une période de validité définie. Lorsqu'un certificat de cachet électronique arrive à échéance ou est révoqué, les données de création de cachet ne peuvent plus être utilisées par la personne morale. Afin d'assurer un contrôle optimal du pouvoir de représentation de ses organes et mandataires, la personne morale devrait s'assurer que la période de validité du certificat qualifié de cachet électronique corresponde à la durée du mandat de la personne physique utilisatrice de celui-ci. Ceci implique également que la personne morale soit vigilante, le cas échéant, à demander la révocation du certificat qualifié en cas de modification de la composition de ses organes ou de changement du pouvoir de représentation de ses mandataires. À défaut, elle risque, par son abstention, de laisser se développer une situation apparente contraire à la réalité, qui lui serait néanmoins imputable<sup>84</sup>.

**28.- Principe de reconnaissance mutuelle.** L'article 35, § 3, du Règlement eIDAS prévoit que le cachet électronique qualifié reposant sur un

<sup>82</sup> Voy. *supra*, n° 18.

<sup>83</sup> Voy. *supra*, n° 13.

<sup>84</sup> Voy. *supra*, n° 10.

certificat qualifié délivré dans un État membre doit être reconnu en tant que cachet électronique qualifié dans les autres États membres. Cette disposition assure le principe de reconnaissance mutuelle de ce moyen d'authentification électronique.

**29.- Cachet électronique qualifié et signature électronique qualifiée.** Le considérant 58 du Règlement eIDAS stipule que si une transaction exige d'une personne morale l'emploi d'un cachet électronique qualifié, cette exigence doit être considérée comme rencontrée par l'usage de la signature électronique qualifiée d'un représentant autorisé de la personne morale. Le lien que fait le Règlement eIDAS entre signature électronique qualifiée et cachet électronique qualifié s'explique par le fait que la signature électronique qualifiée rencontre les fonctions d'origine et d'intégrité assignées au cachet électronique. En effet, la fonction d'origine assignée au cachet électronique est également rencontrée par la signature électronique qualifiée, puisqu'en vertu de sa fonction d'imputabilité, celle-ci doit notamment permettre d'identifier le signataire de l'acte. Quant à la deuxième fonction du cachet électronique, qui consiste à garantir l'intégrité des données auxquelles il est lié, si cette fonction n'est certes pas commune aux signatures électroniques, elle est cependant assurée par les signatures électroniques qualifiées<sup>85</sup>. C'est pourquoi, la personne morale qui devrait impérativement accomplir un acte en le scellant au moyen d'un cachet électronique qualifié peut avoir recours à la signature électronique qualifiée d'une personne physique habilitée à l'engager.

## SECTION 5. – Cachet électronique et pouvoir de représentation des personnes morales

**30.- Des garanties pour les interlocuteurs de la personne morale.** En tenant compte de la portée que les autorités belges entendent leur conférer, les cachets électroniques sont en mesure d'apporter une solution aux controverses régulièrement soulevées, à l'occasion de la discussion d'engagements contractuels, au sujet du pouvoir de représentation des personnes morales. L'emploi d'un cachet électronique au moment d'adresser un document contractuel à un cocontractant assure, en effet, à son destinataire, l'origine et l'intégrité des données envoyées.

<sup>85</sup> Voy. à cet égard l'article 32 du Règlement eIDAS qui fixe notamment comme exigence à la validation d'une signature électronique qualifiée que l'intégrité des données signées n'ait pas été compromise.



Le cachet électronique est réputé être créé directement par la personne morale et son usage s'opère sous le contrôle de cette dernière. Il garantit donc aux tiers que les données cachetées émanent de la personne morale créatrice du cachet et qu'elles n'ont pas été modifiées.

En exigeant d'une personne physique prétendant agir au nom d'une personne morale qu'elle scelle le contenu électronique qu'elle lui adresse au moyen d'un cachet électronique valable, le destinataire des données électroniques peut donc se ménager une plus grande sécurité juridique quant au pouvoir de représentation de son interlocuteur et à l'imputabilité à la personne morale des informations transmises.

**31.- Lien avec l'application de la théorie du mandat apparent.** Dans l'hypothèse où la personne morale chercherait à contester l'opposabilité, à son égard, d'un engagement pris prétendument à son insu, faute de pouvoir de représentation dans le chef de la personne physique signataire de l'acte, l'usage du cachet électronique devrait permettre au tiers cocontractant de se prévaloir de la théorie du mandat apparent.

En effet, dès lors qu'elle lui est imputable, il importe que la personne morale réserve l'utilisation de son cachet électronique à un nombre restreint de personnes, en fonction de leurs attributions. La personne morale doit par ailleurs mettre en place des procédures adéquates lui permettant de s'assurer que les limites qu'elle pose à l'utilisation de son cachet sont respectées. En laissant son cachet électronique à la disposition d'une personne non habilitée à l'utiliser, la personne morale pourrait se voir reprocher d'avoir concouru au développement d'une situation apparente ne correspondant pas à la réalité. Il s'agit là d'une des conditions essentielles de l'application de la théorie du mandat apparent<sup>86</sup>.

En outre, le tiers pensant de bonne foi être engagé dans les liens d'un contrat pourra établir le caractère légitime de sa croyance, s'il peut faire état de l'utilisation du cachet électronique de la personne morale avec laquelle il pense avoir contracté. Il s'agit là d'une autre condition importante dans l'application de la théorie du mandat apparent<sup>87</sup>.

C'est pourquoi, en exigeant l'usage d'un cachet électronique, complémentarément à l'apposition de la signature de la personne physique souscrivant un engagement pour le compte d'une personne morale, le tiers cocontractant se donne la faculté de démontrer, en cas de contestation ultérieure, que la situation apparente à laquelle il a légitimement cru était imputable à la personne morale. Le cachet électronique nous paraît donc

<sup>86</sup> Voy. *supra*, n° 10.

<sup>87</sup> Voy. *supra*, n° 11.

pouvoir constituer un élément décisif dans l'application de la théorie du mandat apparent.

**32.- Des garanties pour la personne morale.** Pour la personne morale représentée, l'usage du cachet électronique est également le gage d'une plus grande sécurité juridique et d'un meilleur contrôle des agissements de ses représentants, conformément aux principes de *corporate governance*.

En effet, en veillant à ce que ses organes ou mandataires spéciaux fassent usage d'un cachet électronique qualifié scellant les documents électroniques qu'ils transmettent, la personne morale pourrait contrôler que les personnes physiques disposant du pouvoir de la représenter font usage de celui-ci dans le respect des limites de leurs prérogatives. Puisqu'en droit belge, la personne morale devrait avoir l'obligation de tenir un registre permettant d'identifier et de déterminer le pouvoir de représentation de la personne physique faisant usage d'un certificat qualifié de cachet électronique, elle sera à même de vérifier, pour chaque document scellé, si son représentant a fait correctement usage de son pouvoir de représentation. Ceci devrait lui permettre de détecter rapidement un éventuel abus de pouvoir et d'y remédier. Ainsi, le risque de voir des engagements être conclus à l'insu de la personne morale pourrait être réduit par l'usage de la technologie du cachet électronique qualifié.

## Conclusion

**33.-** La représentation des personnes morales est une question sensible qui fait régulièrement l'objet de développements litigieux. Il arrive en effet fréquemment que des contrats soient remis en cause en raison d'un déficit de représentation, au moment de leur formation, des personnes morales qu'ils engagent. Ce type de situation est très problématique, tant pour la personne morale – qui s'oppose légitimement aux engagements pris en violation de ses règles de fonctionnement – que pour son cocontractant – qui risque d'être privé de l'exécution d'une convention qui, dans son chef, n'est affectée d'aucun vice.

Différents mécanismes ont été adoptés afin de pallier à un déficit de représentation d'une personne morale au moment de la conclusion d'une convention. Parmi ceux-ci, on soulignera que le cocontractant de la personne morale peut invoquer le principe de la ratification ou la théorie du mandat apparent pour préserver ses prérogatives contractuelles. Ce



faisant, il est fréquent qu'une personne morale se retrouve engagée dans les liens d'un contrat en dépit d'une violation de ses règles de représentation.

En définissant un cadre légal pour les cachets électroniques, instruments d'authentification réservés aux personnes morales, le Règlement eIDAS leur offre la possibilité de garantir l'origine et l'intégrité des données qu'elles destinent aux tiers.

Bien que le cachet électronique n'ait pas pour fonction de marquer l'adhésion de la personne morale au contenu de l'acte auquel il est lié, l'usage d'un cachet électronique est néanmoins de nature à procurer une plus grande sécurité juridique aux destinataires de communications électroniques émanant de représentants d'une personne morale. Il permet en effet de certifier que le document électronique provient bien de la personne morale à laquelle il est imputé.

Parmi les différentes formes de cachets électroniques envisagées par le Règlement eIDAS, le cachet électronique qualifié est celui qui présente les meilleures garanties de sécurité. La création d'un cachet électronique qualifié nécessite la délivrance d'un certificat qualifié, par un prestataire de services de confiance qualifié, à la personne morale titulaire du cachet. Sur la base de ce certificat, la personne morale dispose d'un moyen de suivre l'usage de son cachet par ses représentants. Elle peut ainsi plus facilement contrôler et prévenir un éventuel excès de pouvoir dans le chef de ces derniers.

Au nom de la sécurité juridique qu'il pourrait procurer, il faut donc saluer l'adoption d'un cadre légal réglementant la pratique des cachets électroniques. Il faut également encourager les personnes morales à faire usage de ce nouveau moyen d'identification électronique dans le cadre de leurs échanges de données électroniques.



électronique. Toutefois, l'ensemble des éléments n'a pu être régi, car cela sortait du cadre purement juridique. Si le droit a fait son œuvre, il convient désormais de laisser le volet technique prendre le relais. D'ailleurs, la possibilité de donner force légale à des normes techniques démontrent les liens nécessaires entre ces deux mondes.

À cet égard, soulignons que, de manière opportune, le Règlement (UE) n° 910/2014 comprend une ouverture sur l'avenir en donnant le cadre d'appréciation de futures technologies qui pourraient émerger, afin d'éviter, pour une fois, qu'un texte de loi ne soit obsolète avant même son application. Peut-être le législateur de l'Union européenne a-t-il finalement simplement évité une « obsolescence programmée » de son propre travail...

## Service d'archivage électronique : le service de confiance délaissé par le Règlement n° 910/2014

Odile VANRECK\*

### Introduction

1.- **Règlement n° 910/2014.** Après avoir analysé le Règlement n° 910/2014<sup>1</sup>, nous ne pouvons que déplorer que les règles relatives à l'archivage électronique brillent par leur – quasi – absence, le législateur européen n'ayant pas saisi l'occasion que représentait ce Règlement pour consacrer l'archivage électronique au rang de service de confiance en tant que tel.

Or, les questions liées à l'archivage électronique constituent une préoccupation réelle pour de nombreux acteurs du secteur privé et du secteur public qui sont confrontés à une masse de documents importante à gérer. Depuis plusieurs années maintenant, l'archivage des données de manière électronique est entrevu par certains de ces acteurs comme la solution à leur problème de conservation.

2.- **Définitions.** L'archivage électronique consiste en « l'organisation, la gestion et la conservation des documents qui ont une valeur probante et/ou culturelle, historique »<sup>2</sup> par le biais d'un processus spécifique mettant en œuvre des outils et des méthodes en vue d'exploiter et de conserver les informations, peu importe leur support, sur le long terme. D'un point de vue juridique, le service d'archivage électronique est défini dans l'avant-projet de loi belge mettant en œuvre et complétant le Règlement

\* Odile Vanreck est chercheuse au sein du CRIDS et travaille actuellement sur le projet Hector (Hybrid Electronic Curation, Transformation and Organization of Records). Elle est également avocate au barreau du Brabant Wallon.

Pour leur relecture et leurs remarques pertinentes, je tiens tout particulièrement à remercier Sébastien Soye, Hervé Jacquemin et Bénédicte Losdyck.

<sup>1</sup> Règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, J.O.U.E., L. 257/73 du 28 août 2014.

<sup>2</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politéia, 2011, p. 305.



n° 910/2014 sur lequel travaille actuellement le législateur comme un « service de confiance (...) qui consiste en la conservation de données électroniques ou la numérisation de documents papiers, et qui est fourni par un prestataire de services de confiance (...) ou qui est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale »<sup>3</sup> (nous reviendrons sur cette notion au n° 57 de la présente contribution).

**3.- Avantages.** Le recours à des méthodes électroniques de conservation des documents s'explique par ses avantages, à savoir une diminution du coût<sup>4</sup> et de l'espace de stockage nécessaire mais également la facilité de classement, de gestion, d'accès à l'information et la préservation face aux risques de dégradation des documents papier<sup>5</sup>.

**4.- Digitized records et born-digital archives.** Ces avantages ont entraîné, principalement au sein des services publics, une certaine volonté de – voire une véritable tendance à – numériser les documents en vue d'une utilisation plus aisée des documents et de leur conservation. Ces copies numériques de documents initialement en format papier sont appelées les « archives numérisées » ou les « *digitized records* ». L'étape suivante envisagée par ces organisations est de détruire la version papier des documents numérisés afin de ne les conserver que sous la forme électronique. Une telle opération, qui constitue une illustration de la gestion hybride de documents, doit cependant être considérée avec beaucoup de prudence voire de réticence au niveau juridique<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Futur art. 1.18, 17° du Code de droit économique, tel qu'inséré par l'article 2 de l'avant-projet de loi mettant en œuvre et complétant le Règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII "Droit de l'économie électronique" du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, version du 11 décembre 2015, disponible sur <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/fr/search/?trisaction=search.detail&year=2015&num=702>.

<sup>4</sup> Même si le recours à l'archivage électronique qualifié soulève un doute sur cet avantage.

<sup>5</sup> Y. POULLET, « L'archivage face à l'électronique ou comment éviter l'amnésie collective – Le point de vue du juriste », 2002, disponible sur [http://www.docs-crids.eu/crids/opac\\_css/index.php?lvl=notice\\_display&id=6439](http://www.docs-crids.eu/crids/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=6439), p. 2 ; F. COPPENS, « Le recours aux 'tiers de confiance' dans les transactions en ligne. Paiement, signature, recommandé et archivage électronique », *J.T.*, 2012, pp. 812-813.

<sup>6</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », in M. DEMOULIN (dir.), *L'archivage électronique et le droit*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 31 ; M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle :

Outre les archives numérisées, l'archivage électronique englobe également la conservation des documents créés électroniquement, tels que les e-mails ou les fichiers électroniques sous divers formats. Ceux-ci sont qualifiés de « *born-digital archives* »<sup>7</sup>.

**5.- Cloud computing.** Les acteurs optant pour l'archivage électronique en vue de conserver leurs documents peuvent décider de les stocker localement ou d'avoir recours à une solution de cloud computing. Dans ce cas, ils pourront y accéder très simplement au moyen d'une connexion internet et d'un logiciel de navigation<sup>8</sup>. Pour plus de précisions sur les implications de ce choix, nous renvoyons à la littérature consacrée à ce sujet<sup>9</sup>.

**6.- Présentation de la contribution.** Au vu de l'intérêt croissant qui lui est porté par les potentiels utilisateurs et dans l'objectif de favoriser son développement, le service d'archivage électronique aurait besoin d'être juridiquement encadré. Le législateur belge travaille d'ailleurs actuellement sur un projet de loi consacré à ce service, cette matière n'ayant été que très partiellement abordée au niveau européen.

Avant de retracer le chemin parcouru en vue de réglementer la matière de l'archivage électronique (Chapitre 2), il est important de mettre celle-ci en contexte en pointant les enjeux et questions pertinents (Chapitre 1).

## CHAPITRE I. Enjeux liés à l'archivage électronique

**7.- Présentation du chapitre.** La compréhension des problématiques juridiques auxquelles sont confrontés ceux ayant recours ou exploitant des services d'archivage électronique ne peut se faire qu'à la lumière des enjeux spécifiques à ce service.

quelle place pour le juriste ? », *Let's go digital – Le juriste face au numérique / De digitale uitdaging van de jurist*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 209.

<sup>7</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 305 ; M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 14.

<sup>8</sup> B. DOCQUIR, « Le 'cloud computing' ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *R.D.C.*, 2011/10, p. 1001.

<sup>9</sup> Voy. not. *ibid.*, pp. 1000 et s. ; J. BUSHEY, M. DEMOULIN et R. McLELLAND, « Cloud Service Contracts : An issue of Trust », *Canadian Journal of Information and Library Science*, vol. 39, n° 2, juin 2015, pp. 128 et s.



D'abord, la charge que représente la gestion et la conservation de documents, parfois sur une longue période, qui pèse sur de nombreux acteurs issus du secteur public ou privé peut résulter soit d'une obligation légale soit d'une volonté de se réserver des éléments de preuve, ce que Marie Demoulin qualifie de « raison juridique implicite »<sup>10</sup> (Section 1).

Ensuite, l'archivage électronique de documents est intimement lié à la question de la valeur juridique des documents conservés, qu'il s'agisse de documents originaux ou de copies, particulièrement en cas de contestation de leur fiabilité devant un juge (Section 2).

Les considérations de la section 2 feront émerger certaines caractéristiques de l'archivage électronique, qu'il est intéressant de décrire, telle que l'importance de la conservation d'éléments périphériques relatifs aux documents conservés et la préservation des qualités du document (Section 3).

Enfin, nous nous intéresserons au développement de l'offre des services d'archivage électronique, ainsi qu'aux difficultés rencontrées par ceux proposant ces services (Section 4).

## SECTION 1. – Raison d'être de la conservation de documents

**8.- Présentation de la section.** L'acte de conservation des documents peut trouver sa justification dans une obligation prévue par une disposition législative ou dans la volonté des individus et entités de se réserver des éléments de preuve.

**9.- Obligations légales de conservation.** Il existe, en droit belge, des textes légaux exigeant de certaines entités qu'elles tiennent et conservent des documents spécifiques.

D'une part, cette obligation peut viser des documents précis, tels que le dossier médical, qui doit être conservé pendant trente ans<sup>11</sup> par l'hôpital, les factures, devant, en principe en tant que pièces justificatives, être

<sup>10</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 208.

<sup>11</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 3, de l'arrêté royal du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical, visé à l'article 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, doit répondre, *M.B.*, 30 juillet 1999.

gardées durant sept années<sup>12</sup>, ou encore les livres légaux qui doivent être conservés durant sept ans à partir du premier janvier de l'année qui suit leur clôture<sup>13</sup>.

D'autre part, l'obligation de conservation peut être exprimée de manière plus floue, notamment dans le Code des sociétés qui impose que soient conservés les « livres et documents sociaux » durant toute la vie de la société et durant cinq années après la clôture de sa liquidation<sup>14</sup> ou dans le Code des impôts sur les revenus qui exige la conservation de « tous les livres et documents nécessaires à la détermination du montant des revenus imposables »<sup>15</sup>. Enfin, la loi sur les archives du 24 juin 1955 impose aux institutions publiques relevant du pouvoir exécutif et judiciaire de l'État<sup>16</sup> de conserver en bon état, de manière ordonnée et accessible leurs documents administratifs durant trente ans avant de les verser aux Archives de l'État<sup>17</sup>.

Dans le cadre de cette contribution, il est intéressant de pointer que la loi a parfois expressément prévu que la conservation des documents puisse être réalisée par voie électronique. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup>, § 2, de l'arrêté royal du 3 mai 1999 indique explicitement que « le dossier médical peut être tenu et conservé sous forme électronique pour autant qu'il soit satisfait à toutes les conditions fixées dans le présent arrêté »<sup>18</sup>. Le Code d'impôt sur les revenus fait également référence à une conservation « sur des supports électroniques »<sup>19</sup>. Par ailleurs, en vertu de l'arrêté royal du 12 septembre 1983, tel que modifié par l'arrêté royal du 25 janvier 2005<sup>20</sup>, une entreprise peut tenir sa comptabilité « au moyen de systèmes informatisés », pour autant que les mêmes exigences que celles applicables à la comptabilité sur support papier soient respectées.

Outre ces possibilités de conservation sur support électronique, certaines dispositions légales autorisent que l'exigence d'archivage puisse être réalisée par la conservation de copies (*infra*, n° 17).

<sup>12</sup> Art. III.86 CDE.

<sup>13</sup> Art. III.88 CDE.

<sup>14</sup> Art. 195, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, C. soc.

<sup>15</sup> Art. 315 CIR.

<sup>16</sup> À savoir les services publics fédéraux, les provinces, les organismes d'intérêt publics, les tribunaux de l'ordre judiciaire et le Conseil d'État.

<sup>17</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, 24 juin 1955, *M.B.*, 12 août 1955.

<sup>18</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 2, de l'arrêté royal du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical, visé à l'article 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, doit répondre, *M.B.*, 30 juillet 1999.

<sup>19</sup> Art. 315bis CIR.

<sup>20</sup> Art. 5 de l'arrêté royal du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises, *M.B.*, 28 septembre 1983.



10.- **Raisons juridiques implicites.** Un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale peut être amené à conserver un document pour des raisons juridiques implicites, particulièrement pour se réserver des éléments de preuve.

En effet, en vertu de l'article 1315 du Code civil, chaque partie est tenue de prouver les faits qu'elle allègue. Une entité peut dès lors faire le choix de garder tout document qui pourrait, dans le futur, être utile afin de prouver un fait, qu'elle dispose d'un droit spécifique ou qu'elle a accompli une obligation particulière, que celle-ci soit légale ou contractuelle<sup>21</sup>. Généralement, les documents sont conservés pour la durée du délai de prescription.

Les conséquences sur le plan probatoire résultant de l'impossibilité de produire un document original pour prouver un fait ou un droit et/ou de l'absence de toute force probante d'une copie, peuvent être lourdes et engendrer, le cas échéant, la perte d'un procès ou l'obtention d'une décision moins favorable<sup>22</sup>.

## SECTION 2. – Valeur juridique des documents

11.- **Présentation de la section.** La question de la valeur juridique des documents, originaux ou copies, est essentielle en matière d'archivage<sup>23</sup>.

Dans l'introduction, nous avons exposé que certaines entités envisageaient de ne conserver que la copie numérique de documents originaux papier dont elles veulent ou doivent assurer la conservation. La mise en œuvre d'une telle pratique implique de se poser la question de la valeur juridique accordée à un document original et à une copie, sachant que cette dernière dispose en principe d'une valeur inférieure (§ 1). Des nuances peuvent toutefois être apportées à ce principe (§ 2). Sur la base de ces considérations, nous pourrions apprécier juridiquement le processus consistant à numériser puis supprimer les documents originaux (§ 3).

<sup>21</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 208.

<sup>22</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 21.

<sup>23</sup> Nous concentrerons l'analyse réalisée dans cette section sur les actes sous seing privés.

## § 1. Force probante de l'original et valeur juridique de la copie

12.- **Définition et force probante de l'original.** Notre système juridique, de tradition civiliste, accorde une importance particulière à la notion d'écrit et d'original. Ainsi, il est accordé plus de poids à la preuve écrite, et plus encore à la preuve manuscrite<sup>24</sup>.

En droit de la preuve, l'original est défini comme « l'écrit signé », la signature étant le seul critère permettant de qualifier un document d'original<sup>25</sup>. Précisons toutefois que cette notion d'original n'est pas liée à l'environnement papier, un original pouvant être un « écrit électronique revêtu d'une signature électronique »<sup>26</sup>.

L'écrit signé se voit dès lors octroyer, dans notre régime juridique, une force probante très importante. Pour rappel, la force probante d'un acte, qui renvoie à l'idée d'une hiérarchie entre les modes de preuve, est « l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge »<sup>27</sup>.

13.- **Définition et valeur de la copie.** On oppose généralement au concept de document original celui de copie. Une copie est définie comme une « transcription littérale faite d'après l'original »<sup>28</sup> ou encore comme « la reproduction littérale et non signée d'un original, quel que soit le procédé de reproduction (transcription manuelle, photocopie, microfilm, télécopie, numérisation, etc.) »<sup>29</sup>. Pour certains, la copie est dépourvue de

<sup>24</sup> M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politéa, 2011, p. 42. En effet, l'écrit n'est pas nécessairement un écrit manuscrit. Comme le souligne H. De Page, « l'écriture peut être imprimée, dactylographiée, lithographiée, etc. » (H. DE PAGE, *Traité*, t. III, n° 742, cité par P. VAN OMMESSLAGHE, « Introduction – Cadre légal – Notions fondamentales », in *Incidence des nouvelles technologies de la communication sur le droit commun des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 15). Dans le même sens, R. Mougenot définit l'écrit comme « la représentation lisible du langage ou de la pensée », où peu importe la méthode utilisée pour tracer ou le procédé matériel de l'écriture (R. MOUGENOT, *La preuve*, 2<sup>e</sup> éd., n° 79 cité par P. VAN OMMESSLAGHE, « Introduction – Cadre légal – Notions fondamentales », *op. cit.*).

<sup>25</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *The Memory of the World in the Digital Age : Digitization and Preservation – An international conference on permanent access to digital documentary heritage*, Conference proceedings, UNESCO, 27 septembre 2012, Vancouver, Canada, p. 3.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 3. Pour des explications sur la notion de signature électronique, nous renvoyons à la contribution de Bénédicte Losdyck consacrée à cette matière dans le présent ouvrage.

<sup>27</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 21 juin 1999, *Bull.*, 1999, n° 378, p. 930 ; *Arr. Cass.*, 1999, p. 899 cité par E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *Rép. not.*, t. IX, I. IX, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 183.

<sup>28</sup> D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec des éclaircies », *R.G.D.C.*, 2007, p. 470.

<sup>29</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1987, cité in M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 4.



force probante<sup>30</sup> alors que d'autres considèrent qu'elle a une force probante inférieure à celle du document original<sup>31</sup>.

L'article 1334 du Code civil, qui prévoit que « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée », fait référence à cette question de la force probante des documents<sup>32</sup>. En vertu de cette disposition, la copie, ayant un statut de preuve inférieure, peut toujours être contestée en justice et la partie qui s'en prévaut peut être amenée à devoir produire le document original<sup>33</sup>.

Toutefois, il est théoriquement possible qu'une copie numérique d'un document original (soit un document papier signé manuscritement) puisse elle-même être qualifiée d'original si après avoir été numérisé, le document est revêtu de la signature électronique des parties qui avaient signé l'original papier<sup>34</sup>. De fait, tout comme dans l'environnement entièrement papier, il doit être admis que, dans le cadre de la gestion hybride des documents, il puisse y avoir plusieurs originaux d'un même document.

**14.- Pertinence de la distinction.** La différence de traitement entre un document original et une copie n'est pas toujours pertinente dans un environnement complètement numérique (celui des *born-digital archives*)<sup>35</sup>. La distinction conserve néanmoins toute son importance dans le cadre des *digitized records*, compte tenu de la volonté des acteurs de numériser puis

<sup>30</sup> D. MOUGENOT, « Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec des éclaircies », *op. cit.*, p. 471.

<sup>31</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 32 ; M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 3.

<sup>32</sup> Notons qu'il existe depuis de nombreuses années une controverse relative au champ d'application de l'article 1334 du Code civil. Alors que certains considèrent que cette disposition ne s'applique qu'aux actes authentiques (M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 10), d'autres estiment qu'elle vise également les actes sous seing privés (D. MOUGENOT, « Preuve », *Rép. not.*, t. IV, l. 2, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 188 et les références citées). Toutefois, ces auteurs s'accordent sur le fait que la controverse n'a pas d'intérêt pratique puisque le principe est identique pour toutes les copies que l'on applique ou non l'article 1334 du Code civil : une copie peut toujours être contestée et la production de son original peut toujours être réclamée.

<sup>33</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 10.

<sup>34</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 219.

<sup>35</sup> Nous ne visons alors plus cette hypothèse dans la suite de la section. Voy. Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 9.

de détruire les documents initialement papier pour n'en conserver qu'une copie. Or, à l'heure actuelle, l'article 1334 du Code civil constitue un obstacle à un tel processus.

**15.- Apport prévu par l'avant-projet de loi.** Notons d'ores et déjà que l'avant-projet de loi susmentionné prévoit l'ajout d'un second alinéa à l'article 1334 du Code civil, qui octroiera une présomption de copie fidèle et durable à une copie numérique d'un acte sous seing privé à la double condition que le document original n'existe plus et que la numérisation ait été réalisée par un service d'archivage électronique qualifié (*infra*, n°s 75 et 76 de la présente contribution).

## § 2. Nuances apportées au principe de la valeur juridique inférieure accordée à la copie par rapport à l'original

**16.- Absence de contestation.** Certaines nuances sont apportées au principe selon lequel la copie aurait, si elle n'est pas dépourvue de force probante, une force probante inférieure à celle du document original.

D'abord, dans le cadre d'un litige, la copie dont la conformité à l'original n'est pas contestée par l'autre partie « fera pleine preuve de son contenu »<sup>36</sup>. Cela n'implique pas que la copie ait une force probante identique à celle du document original. Elle pourra en effet toujours faire l'objet d'une contestation par toutes voies de droit tandis qu'un document original ne pourra « être contesté que par la production d'un autre écrit signé »<sup>37</sup>.

**17.- Dispositions sectorielles.** Ensuite, plusieurs textes législatifs ou réglementaires octroient une certaine valeur juridique à la copie.

Premièrement, certaines législations autorisent la conservation d'un document sous forme de copie. Nous pouvons citer l'article III.86 du Code de droit économique qui indique que les pièces justificatives doivent être conservées en original ou en copie<sup>38</sup> et l'article 24 de l'arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux qui prévoit que l'employeur peut conserver les documents sociaux sous toute forme de reproduction à certaines conditions<sup>39</sup>. Les factures peuvent également, dans certains cas, être conservées sous forme de copie<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 33.

<sup>37</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 12.

<sup>38</sup> Dans la situation visée par cet article, qui est hors du domaine de la preuve, le terme *original* ne vise pas nécessairement un écrit signé.

<sup>39</sup> Arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux, *M.B.*, 27 août 1980.

<sup>40</sup> Art. 60 C. TVA et Circulaire n° AFER 16/2008 du 13 mai 2008.



Deuxièmement, certaines dispositions octroient une force probante équivalente à celle de l'original – jusqu'à preuve du contraire – à des copies, sous réserve du respect de certaines exigences. Ainsi, l'article 196 de la loi du 17 juin 1991<sup>41</sup> prévoit que les copies des documents détenus par certains organismes de crédit déterminés « font foi comme les originaux, dont elles sont présumées, sauf preuve contraire, être une copie fidèle lorsqu'elles ont été établies par une de ces sociétés ou sous son contrôle ». Une série d'arrêtés royaux ont également été pris dans ce sens dans des secteurs spécifiques. Nous pouvons notamment citer :

- l'arrêté royal du 22 mars 1993 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale, des informations enregistrées, conservées ou reproduites par des institutions de sécurité sociale<sup>42</sup> ;
- l'arrêté royal du 15 mars 1999 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale et de droit du travail, des informations échangées, communiquées, enregistrées, conservées ou reproduites par les services ministériels et les parastataux du ministère de l'emploi et du travail<sup>43</sup> ;
- l'arrêté royal du 9 janvier 2000 relatif à la force probante des informations utilisées par l'Administration des Pensions pour l'application de la législation dont elle est chargée<sup>44</sup>.

Dans ces différents textes et par dérogation aux règles du Code civil, la copie se voit reconnaître, jusqu'à preuve du contraire, une force probante quasi équivalente à celle des documents originaux<sup>45</sup>. De fait, la copie n'aura pas exactement la même force probante que l'original puisqu'elle pourra être contredite par tous moyens de preuve et non pas uniquement par la production d'un original. Concrètement, cela signifie que la charge de la preuve est renversée et celui qui conteste la fiabilité de la copie est tenu d'établir, par tous les moyens, le caractère non fiable de celle-ci<sup>46</sup>.

Troisièmement, à titre anecdotique, il existe un article 173<sup>ter</sup> dans la loi générale du 19 décembre 1939 relative aux allocations familiales qui reconnaît que les copies de documents détenues par certaines organisations d'allocations familiales font foi comme des originaux. Dans ce cas

<sup>41</sup> Loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, *M.B.*, 9 juillet 1991.

<sup>42</sup> Arrêté royal du 22 mars 1993 relatif à la valeur probante, en matière de sécurité sociale, des informations enregistrées, conservées ou reproduites par des institutions de sécurité sociale, *M.B.*, 1<sup>er</sup> avril 1994.

<sup>43</sup> *M.B.*, 7 mai 1999.

<sup>44</sup> *M.B.*, 24 février 2000.

<sup>45</sup> M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>46</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 223.

précis, les copies se voient reconnaître une force probante équivalente à celle du document original.

**18.- Nécessité d'un cadre légal général.** Cette multiplication de textes législatifs et réglementaires résulte d'une volonté d'accorder une force probante à certaines copies de documents, généralement des copies numériques, et de faciliter le travail au quotidien. On peut toutefois regretter que les exigences imposées par ces textes réglementaires soient parfois redondantes, parfois différentes les unes des autres. L'adoption d'un cadre général qui fixerait des principes communs pour la reconnaissance juridique de toutes les copies numérisées serait évidemment préférable<sup>47</sup>.

### § 3. Hypothèse de la destruction du document original et de la conservation d'une copie numérique

**19.- Sanction ou difficulté en cas de destruction d'un original.** Actuellement, il n'est en principe pas autorisé de détruire un document original dans les hypothèses où la loi en exige la conservation. Le législateur a d'ailleurs prévu, dans certains cas, d'attacher aux obligations de conservation des documents des sanctions spécifiques, de nature pénale ou administrative, en cas de non-respect des règles<sup>48</sup>.

Dans les hypothèses où la loi n'exige pas une obligation de conservation, la destruction d'un document original pourrait, en l'état actuel du droit, poser problème au regard du droit de la preuve. En cas de conservation d'une copie numérique et sous réserve des hypothèses spécifiques susmentionnées, le principe reste, à l'heure actuelle, celui de la non-assimilation de cette copie, telle qu'un scan d'un document, à un document original.

Le processus par lequel une entité soumise à une obligation légale de conservation ou souhaitant garder certains documents à des fins de preuve détruit les documents originaux après leur numérisation est dès lors pour le moment à déconseiller d'un point de vue juridique.

**20.- Valeur probante de la copie numérique.** Toutefois, le fait qu'une copie ait une force probante plus faible que l'original, voire aucune selon certains, ne signifie pas qu'elle se voit dénuée de toute valeur juridique. En effet, une copie numérique peut tout à fait être produite en justice.

<sup>47</sup> M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>48</sup> Sur les obligations de conservation voy. M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 22 ; D. GOEMINNE, « Aperçu pratique de la conservation des livres et documents », *Pacioli*, n° 303, février 2011, pp. 1-4.



Dans l'hypothèse où aucune contestation de la conformité de la copie à l'original n'émane de la partie à qui on l'oppose, la copie fera d'ailleurs pleine preuve de son contenu<sup>49</sup>.

Par ailleurs, si un document original a été détruit, de manière volontaire ou par cas fortuit, le juge confronté à cette pièce examinera la valeur probante de la copie numérique, à savoir son aptitude à emporter sa conviction<sup>50</sup>.

Pour forger son opinion, le juge pourra prendre en compte les éléments entourant la procédure de reproduction du document (par exemple, le scanning), les métadonnées attachées au document ou encore la procédure d'archivage électronique<sup>51</sup>. Eu égard à cette dernière, il est important de s'assurer qu'elle remplisse les exigences décrites à la section 3 de ce chapitre dans le but de convaincre le juge de la valeur probante importante du document produit, notamment en raison de sa fiabilité<sup>52</sup>.

En effet, confronté à une copie numérique, le juge peut décider, au regard des éléments de fait qui lui sont présentés, de lui accorder une certaine valeur probante s'il considère que le document a du crédit<sup>53</sup>. Une copie peut ainsi être considérée comme un commencement de preuve par écrit, devant être complété par des témoignages ou des présomptions permettant de corroborer les faits que l'on cherche à prouver. En cas de non-respect des conditions du commencement de preuve par écrit, la copie numérique aura la valeur d'une présomption simple<sup>54</sup>.

**21.- Analogie avec la photocopie.** Il n'y a pas encore, à notre connaissance, de décisions rendues par les juridictions belges en matière de valeur probante à accorder aux copies numériques. Toutefois, celles-ci se trouvent régulièrement confrontées à la production de photocopies de documents en guise de pièces. Il est alors rare, sauf si un doute sérieux existe eu égard à la conformité de la copie, que la partie adverse demande la production du document original. Nous pensons qu'une pratique analogue pourrait se développer face au dépôt de documents scannés<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> À l'inverse, si la copie est contestée par la partie adverse, cette dernière peut réclamer la production de l'original. Voy. not. M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 32.

<sup>50</sup> E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *op. cit.*, n° 183.

<sup>51</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 3.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>53</sup> E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *op. cit.*, n° 183.

<sup>54</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, pp. 32 et 33.

<sup>55</sup> Nous partageons sur ce point l'opinion de Marie Demoulin. Voy. M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 222.

Cette analyse pourrait amener certains à considérer qu'il n'y a dès lors pas de risque à détruire un document original pour en conserver sa copie. Cependant, une telle pratique fait peser un risque bien réel sur la personne produisant la copie puisque cette dernière pourra toujours être contestée en justice et la production de l'original pourra être demandée<sup>56</sup>.

### SECTION 3. – Conservation d'éléments périphériques relatifs au document et préservation des qualités du document

**22.- Présentation de la section.** Comme expliqué dans la section précédente, le juge dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier la valeur probante des copies qui sont produites devant lui en guise de preuve.

En matière de preuve électronique, il examinera le cycle de vie du document sur lequel porte la contestation, à savoir son processus de création, de gestion ainsi que d'archivage<sup>57</sup>.

**23.- Conservation d'éléments périphériques.** Dans cette optique, le processus d'archivage électronique implique, outre la conservation du document en tant que tel, la préservation d'une série d'éléments périphériques, qu'il s'agisse de documents ou d'informations relatifs « au document, à son cycle de vie et à son processus de conservation, voire de numérisation »<sup>58</sup>.

Sont visés les métadonnées relatives au contenu du document dont la plupart peuvent être créés de manière automatique par le procédé d'archivage<sup>59</sup>, les processus de numérisation, les données de signature électronique, les données de traçabilité (telles que les noms des personnes impliquées ou l'horodatage des opérations), les méthodes d'archivage électronique ou encore les politiques de sécurité mises en œuvre<sup>60</sup>. Certains

<sup>56</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique », *op. cit.*, p. 10.

<sup>57</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, pp. 33 et 34.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>59</sup> S. SOYEZ, « Directives pour la gestion et l'archivage numérique des documents bureautique », version 1.1., 2009, p. 27 (disponible sur <http://www.arch.be/index.php?l=fr&m=fonctionnaire&r=gerer-des-documents>).

<sup>60</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 34.



ont plaidé pour que soit également conservé un historique de toutes les opérations effectuées sur les données conservées<sup>61</sup>.

**24.- Qualité des documents électroniques.** Outre la vérification de ces informations périphériques, le juge évaluera également la qualité des documents qui lui sont soumis. La méthode d'archivage électronique mise en œuvre pour conserver les dits documents nécessite donc la « mise en place d'outils techniques et organisationnels pointus »<sup>62</sup> afin d'assurer le maintien de la qualité et de la fiabilité des documents électroniques. Généralement, les qualités qui sont avancées par la doctrine consistent en l'authenticité, l'intégrité et la lisibilité<sup>63</sup>. Certains ajoutent également la traçabilité<sup>64</sup>, qui « désigne la faculté de présenter et de vérifier l'ensemble des traitements opérés sur le document lors du processus de conservation »<sup>65</sup>.

**25.- Authenticité.** L'authenticité permet de garantir que le document électronique « est ce qu'il est censé être et qu'il est non altéré et non corrompu »<sup>66</sup>. Cela équivaut à préserver son identité c'est-à-dire ses caractéristiques tels que la date, l'auteur et le sujet durant tout le cycle de vie du document<sup>67</sup>. Ces attributs sont habituellement conservés sous la forme de métadonnées au sein du document lui-même.

**26.- Intégrité.** L'intégrité, qui assure la fiabilité du document<sup>68</sup>, consiste à garantir qu'un document est « complet et inaltéré dans ses aspects essentiels »<sup>69</sup> et qu'il n'a pas été modifié entre le moment de son

<sup>61</sup> Y. COOL, R. MARCHETTI, M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Mise en œuvre d'un cadre juridique pour les services de confiance : rapport analytique : Rapport pour le SPF Economie – Namur », coll. C.R.I.D., 2006, p. 33.

<sup>62</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

<sup>63</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 35 ; M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306 ; Y. POULLET, « L'archivage face à l'électronique ou comment éviter l'amnésie collective – Le point de vue du juriste », *op. cit.*, pp. 3 et s.

<sup>64</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 35.

<sup>65</sup> T. PIETTE-COUDOL, « Existe-t-il un droit de l'archivage électronique applicable au secteur public ? », *Droit de l'administration électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 457.

<sup>66</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

<sup>67</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 203.

<sup>68</sup> La fiabilité est le « caractère de ce qui est fiable », à savoir « digne de confiance », « auquel on peut se fier ». Voy. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, p. 402.

<sup>69</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

enregistrement et celui de sa consultation<sup>70</sup>. La notion d'intégrité est appréhendée de manière spécifique dans le monde numérique puisqu'elle n'implique pas que le document soit exactement le même qu'au moment où il a été créé. En effet, il peut être admis que des modifications de format ou de support aient été réalisées.

L'intégrité doit être assurée par un « mélange de techniques informatiques et de procédures organisationnelles »<sup>71</sup> et, par exemple, par le recours à une signature électronique qualifiée telle que définie par le Règlement n° 910/2014<sup>72</sup>. À cet égard, certains considèrent que ce n'est « plus le support original qui assure l'indispensable maintien de l'intégrité mais la signature dont le mécanisme permet de figer logiquement le contenu de l'écrit »<sup>73</sup>.

**27.- Lisibilité.** La lisibilité implique non seulement la lisibilité du support mais également la lisibilité des formats afin que l'exploitabilité du document soit garantie<sup>74</sup>. Généralement, il est considéré que la lisibilité exige nécessairement une régénération des supports employés ou la migration des données vers de nouveaux supports ou de nouveaux formats lorsque ces opérations s'imposent<sup>75</sup>.

**28.- Apport prévu par l'avant-projet de loi.** Pour conclure sur la question des qualités des documents électroniques, il nous semble pertinent de pointer que l'annexe 1 de l'avant-projet de loi dans sa rédaction actuelle est consacrée aux exigences concernant le service d'archivage électronique qualifié et reprend ces considérations (*infra*, nos 70 et 71 de la présente contribution). En vertu de cette annexe, tout prestataire de service de confiance qualifié établi en Belgique qui offre un service d'archivage électronique qualifié ou toute entité, personne physique ou morale qui exploite en interne un tel service pour son propre compte doit, dans l'hypothèse où il procède à la numérisation d'un document papier, « utiliser un système, du matériel et des procédures qui garantissent une reproduction fidèle, durable et complète du document papier » et permettre la conservation d'une série de

<sup>70</sup> T. PIETTE-COUDOL, « Existe-t-il un droit de l'archivage électronique applicable au secteur public ? », *op. cit.*, p. 457.

<sup>71</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

<sup>72</sup> Nous renvoyons à la contribution de Bénédicte Losdyck consacrée à la signature électronique dans le présent ouvrage.

<sup>73</sup> Y. POULLET, « L'archivage face à l'électronique ou comment éviter l'amnésie collective – Le point de vue du juriste », *op. cit.*, p. 6.

<sup>74</sup> M. DEMOULIN et S. SOYEZ, « Archivage électronique », *op. cit.*, p. 306.

<sup>75</sup> Y. POULLET, « L'archivage face à l'électronique ou comment éviter l'amnésie collective – Le point de vue du juriste », *op. cit.*, p. 6 ; M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 203.



métadonnées spécifiées. Il doit également prendre les mesures nécessaires « pour conserver la lisibilité des données » et « pour préserver l'intégrité et l'authenticité des données électroniques conservées »<sup>76</sup>.

#### SECTION 4. – Développement de l'archivage électronique

29.- **Apparition de prestataires de services de confiance.** L'archivage électronique constitue, pour de nombreux utilisateurs, une solution face à la quantité de documents qui est générés et qui, pour diverses raisons, doit être conservée parfois durant de nombreuses années. Les utilisateurs peuvent envisager de conserver eux-mêmes leurs documents ou de confier cette charge à un tiers. Dans ce cadre, on assiste à l'apparition, qui est toutefois lente, de tiers proposant des services d'archivage électronique. Cependant, l'ensemble de ces acteurs est confronté au flou juridique qui entoure non seulement la question de la valeur probante d'un document numérisé, mais également celle de la fourniture du service d'archivage électronique en tant que tel (cf. pt 33 de la présente contribution).

30.- **Difficultés liées au service d'archive électronique.** Les difficultés posées par la conservation à longue durée des documents ne sont néanmoins pas uniquement liées à l'absence d'un cadre juridique adapté, mais découlent également des exigences techniques, organisationnelles et de gestion liées à la mise en œuvre d'un service d'archivage électronique. En effet, il s'avère difficile dans la pratique de conserver durant une longue période des données et documents électroniques sans subir de perte au niveau de leurs qualités<sup>77</sup>.

Par ailleurs, l'archivage électronique est un domaine éminemment technique, qui est soumis à l'évolution constante de la technologie et des méthodes de conservation. Une des exigences de l'archivage électronique,

<sup>76</sup> Avant-projet de loi mettant en œuvre et complétant le Règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique, version du 11 décembre 2015, p. 12, point c) et d) et h).

<sup>77</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 8.

qui est de garantir la lisibilité des données, est ainsi mise en péril par « la double obsolescence du matériel informatique (hardware) et des logiciels (software), notamment d'écriture, de lecture et d'exploitation »<sup>78</sup>.

Enfin, les coûts pour garantir le maintien des qualités des documents, par exemple par le biais de certificats pour la signature électronique, de l'horodatage ou de mécanismes de sécurisation divers<sup>79</sup> sont élevés.

31.- **Intérêt d'avoir recours à un prestataire de service de confiance.** Ces considérations illustrent la difficulté que peut éprouver une petite structure pour mettre en place une méthode d'archivage électronique répondant aux exigences posées. C'est d'ailleurs suite à ce constat que des sociétés privées spécialisées dans la fourniture de service d'archivage électronique se sont développées. Dans ce cadre, la conservation électronique, réalisée par le biais de processus à la pointe de la technologie, est financièrement plus abordable, puisque les coûts sont partiellement mutualisés. De plus, cela permet à l'entité de se décharger d'une activité jugée annexe à son activité principale<sup>80</sup>. Cependant, l'absence de standard de qualité rend difficile, pour le destinataire du service, l'appréciation de la qualité et de la fiabilité tant sur le plan juridique que technique des services offerts<sup>81</sup>.

32.- **Nécessité d'un encadrement juridique.** Cette activité de fourniture d'un service d'archivage électronique, tout comme la mise en œuvre pour son propre compte d'un tel service, se doivent donc d'être encadrées légalement afin que le service soit en conformité non seulement avec les exigences techniques qu'implique l'archivage électronique mais également avec les règles juridiques<sup>82</sup>. Or, les règles actuellement applicables en la matière sont en cours de changement. C'est ce que nous vous proposons de découvrir dans le second chapitre de cette contribution.

<sup>78</sup> M. DEMOULIN et D. GOBERT, *L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ?*, coll. Cahiers du Crid, n° 23, Académia Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 104-105.

<sup>79</sup> M. JACQUEMIN et S. SOYEZ, « Concepts de base », *op. cit.*, p. 42.

<sup>80</sup> F. COPPENS et M. DEMOULIN, « Le recours à un tiers archiveur : un contrat sur mesure », in M. DEMOULIN (dir.), *L'archivage électronique et le droit*, coll. CRIDS, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 133.

<sup>81</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 4.

<sup>82</sup> Certains peuvent toutefois s'interroger sur la nécessité d'encadrer juridiquement la matière de l'archivage électronique et sur la capacité du marché de réguler celle-ci. Nous renvoyons à cet égard à la réponse développée par Didier Gobert au sujet des services de confiance. Voy. D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », février 2015, p. 22 (publié sur le site [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)) ; R. DEPOORTERE et A.-M. VASTESAEGER, avec la collaboration de C. DE TERWANGNE, « Aspects juridiques et réglementaires », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2011, p. 42.



## CHAPITRE II. Cadre légal en matière d'archivage électronique

**33.- Absence de cadre légal général en matière d'archivage électronique.** À l'heure actuelle, il n'y a pas de cadre légal général applicable en Belgique en matière d'archivage électronique, ce qui peut constituer un frein au développement de ce type de service.

Nous l'avons vu, ce flou est lié, d'une part, à l'incertitude qui existe quant à la valeur juridique accordée à la copie, laquelle trouve sa source dans notre culture juridique basée sur l'écrit papier, d'autre part, à l'absence de régime juridique encadrant la fourniture ou l'exploitation du service d'archivage électronique<sup>83</sup>. Alors que la démarche de conservation à long terme des documents repose sur une volonté d'anticiper et de prévoir avec prudence le futur, l'incertitude juridique qui entoure cette matière pose problème<sup>84</sup>.

Pour le moment, lorsqu'une entité fait appel à un tiers pour s'occuper de l'archivage électronique de ses documents, les relations contractuelles qu'elle entretient avec ce prestataire de service sont soumises au droit commun des obligations, plus particulièrement au régime du contrat d'entreprise, qui est majoritairement supplétif. Tout contrat avec un tiers archiveur sera donc fortement soumis « à la volonté des parties par le biais de clauses contractuelles »<sup>85</sup>. Par ailleurs, d'autres régimes généraux sont, le cas échéant, également applicables tels que les règles sur la protection du consommateur, sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, sur les pratiques du marché ou encore celles relatives aux contrats à distance ou aux services de la société de l'information<sup>86</sup>.

**34.- Présentation du chapitre.** Ce chapitre constitue l'occasion de passer en revue le chemin parcouru en droit belge eu égard à l'encadrement du service d'archivage électronique. Celui-ci a débuté par deux législations qui, pour des raisons différentes, n'ont pas abouti à l'établissement d'un

<sup>83</sup> F. COPPENS et M. DEMOULIN, « Le recours à un tiers archiveur : un contrat sur mesure », *op. cit.*, p. 134.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 16.

<sup>86</sup> F. COPPENS et M. DEMOULIN, « Le recours à un tiers archiveur : un contrat sur mesure », *op. cit.*, p. 135.

cadre légal général en Belgique (Section 1). Ensuite, nous présenterons les dispositions pertinentes contenues dans le Règlement n° 910/2014 (Section 2) avant de clôturer l'exposé par une analyse de l'avant-projet de loi déposé en décembre 2015 au Conseil des ministres et auprès de la Commission européenne (Section 3).

### SECTION 1. – Deux législations non abouties en droit belge

**35.- Présentation de la section.** Voilà plus d'une dizaine d'années que le législateur belge se montre désireux d'encadrer juridiquement l'archivage électronique.

La loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de service de confiance<sup>87</sup> constitue la première tentative du législateur de réglementer cette matière (§ 1). Ensuite, une proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique a été déposée en avril 2013. Elle a cependant été mise en suspens compte tenu de la proposition de Règlement n° 910/2014 qui était en négociation au niveau européen et n'a par conséquent jamais dépassé le stade de la proposition (§ 2).

#### § 1. Loi du 15 mai 2007 : une coquille -presque- vide

**36.- Cadre légal.** La loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de service de confiance encadre juridiquement quatre activités fournies par des prestataires de services de confiance, à savoir les services d'archivage électronique, d'horodatage électronique, de recommandé électronique et de blocage transitoire des sommes versées.

Outre une série de définitions<sup>88</sup>, le cadre juridique est divisé en deux volets intimement liés.

Le premier volet, intégré et mis en œuvre dans la loi elle-même, impose une série d'obligations impératives et générales à l'ensemble des presta-

<sup>87</sup> M.B., 17 juillet 2007.

<sup>88</sup> Dont celle de prestataire de service d'archivage électronique : « toute personne physique ou morale qui offre un service de conservation de données électronique normalement contre rémunération et à la demande d'un destinataire du service, la conservation de ces données électronique étant un élément essentiel du service offert » (art. 2, 2° de la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de service de confiance).



taires de services de confiance. Celles-ci consistent en l'interdiction de détourner les données transmises, mais aussi en des obligations d'impartialité, de mise en œuvre de mesures de sécurité, de fourniture d'informations préalablement à la conclusion d'un contrat, de compétence, de confidentialité et de disposer de ressources financières suffisantes.

Parallèlement, la mise en œuvre du second volet a été confiée au Roi. Ainsi, l'article 16 de la loi prévoit que des arrêtés royaux de pouvoir spéciaux doivent déterminer, en plus d'obligations spécifiques à chaque prestataire, « la valeur juridique reconnue aux données numérisées, archivées de manière électronique ainsi que les conditions d'octroi de cette valeur »<sup>89</sup>. Par ailleurs, l'exposé des motifs de la loi indique que le prestataire d'un service d'archivage électronique devra « offrir des garanties spécifiques relatives, notamment, à la lisibilité et à la durabilité des documents archivés »<sup>90</sup>. Ces préoccupations sont d'ailleurs toujours celles animant le législateur à l'heure actuelle.

**37.- Absence des arrêtés royaux.** Néanmoins, cette loi aurait dû être suivie, relativement au second volet, d'arrêtés royaux qui précisent les diverses mesures citées en son article 16. Cette disposition indique également que le Roi aurait dû prendre ces actes avant le 1<sup>er</sup> décembre 2007. Or, aucun arrêté royal n'a été pris dans cette période, ce qui explique que cette loi fût qualifiée de « coquille vide »<sup>91</sup> ou « d'acte manqué »<sup>92</sup>.

Certains articles de la loi du 15 mai 2007, ceux reprenant les définitions ainsi que les obligations générales à charge des prestataires sont, quant à eux, bien entrés en vigueur.

**38.- Apport prévu par l'avant-projet de loi.** En vue de limiter la confusion et les éventuelles contradictions, on peut se réjouir que l'avant-projet de loi prévoie l'abrogation de cette loi et la modification des diverses législations qui y font référence.

<sup>89</sup> Art. 16, al. 1, 2°, de la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de service de confiance.

<sup>90</sup> Projet de loi du 11 décembre 2006 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2802/001, p. 7.

<sup>91</sup> M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », *op. cit.*, p. 16.

<sup>92</sup> F. COPPENS, « Le recours aux 'tiers de confiance' dans les transactions en ligne. Paiement, signature, recommandé et archivage électronique », *op. cit.*, p. 811.

## § 2. Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique

**39.- Cadre légal.** L'archivage électronique a fait l'objet, tout comme les services de la signature électronique, de l'horodatage, du recommandé électronique et des services de certification, d'une proposition de loi du 15 avril 2013 visant à introduire un second titre intitulé « Certaines règles relatives au cadre juridique pour les services de confiance » dans le livre XII du Code de droit économique.

Ce titre 2 s'articulait, d'une part, autour des règles inchangées relatives à la signature électronique contenues dans la loi du 9 juillet 2001 (qui devait être abrogée et intégrée dans le Code de droit économique), d'autre part, de nouvelles dispositions visant à créer un cadre juridique pour l'archivage électronique, le recommandé électronique et l'horodatage électronique.

**40.- Intérêt des travaux préparatoires.** Les travaux préparatoires de cette proposition de loi sont extrêmement éclairants sur la volonté du législateur eu égard au service d'archivage électronique. L'objectif du régime envisagé était d'assurer un équilibre entre la souplesse nécessaire à la stimulation de l'offre de service d'archivage électronique et la sécurité permettant d'assurer un niveau de qualité et de protéger les utilisateurs du service. Le législateur entendait parvenir à cet équilibre en instaurant des présomptions et des assimilations dont le service d'archivage électronique qualifié bénéficierait<sup>93</sup>.

**41.- Principes généraux.** Il ressort des travaux préparatoires que le régime juridique envisagé allait reposer sur plusieurs grands principes. Nous proposons d'en préciser quelques-uns.

Premièrement, le législateur envisageait l'encadrement juridique des divers services de confiance de manière harmonisée, se rendant compte qu'un même prestataire pouvait être amené à fournir plusieurs de ces services. Ainsi, les obligations à charge du prestataire pour les divers services étaient liées et se complétaient mutuellement. Le législateur estimait nécessaire, pour comprendre les divers régimes, d'appréhender le cadre légal dans son ensemble<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 5.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 6.



Deuxièmement, le cadre légal s'appliquait à la fois lorsque le service était fourni par un prestataire tiers ou lorsqu'il était exploité par un service public ou une personne physique ou morale pour son propre compte, un allègement des exigences étant prévue dans ce second cas.

Enfin, une liberté de choix était offerte aux prestataires qui pouvaient choisir d'offrir un service d'archivage électronique qualifié ou non. Ces principes sont d'ailleurs en ligne avec ceux repris dans le futur cadre légal applicable en Belgique en matière d'archivage électronique.

**42.- Suspension par la Commission européenne.** Cette proposition de loi aurait pu aboutir au mois de novembre 2013 mais a été suspendue par la Commission européenne dans le cadre de la procédure prévue par la directive 98/34/CE du 22 juin 1998<sup>95</sup>. Celle-ci oblige les États membres souhaitant légiférer dans certaines matières, dont celle des services de la société de l'information, à notifier leur proposition de texte à la Commission et aux autres États membres afin qu'ils puissent examiner la conformité du texte avec la législation en vigueur au sein de l'Union européenne. Étant donné qu'à l'époque de cette notification, le Règlement n° 910/2014 faisait l'objet de négociation au niveau européen, la Commission a suspendu la proposition de loi belge qui est devenue caduque<sup>96</sup>.

## SECTION 2. – L'archivage électronique conformément au Règlement n° 910/2014

**43.- Statut du service d'archivage électronique.** À la lecture du Règlement n° 910/2014, il apparaît que le législateur européen n'a pas entendu conférer à l'archivage électronique un statut identique à celui des autres services de confiance tels que la signature électronique ou le recommandé électronique. En effet, ce texte n'appréhende pas l'archivage électronique comme un service de confiance en tant que tel et ne l'encadre pas juridiquement. Tout juste l'a-t-il envisagé comme un accessoire de deux autres services de confiance.

<sup>95</sup> La procédure prévue par la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 a été codifiée pour la seconde fois par la directive (UE) 2015/1535. C'est à présent sous ce vocable que celle-ci est connue.

<sup>96</sup> D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », février 2015, p. 48 (publié sur le site [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)).

**44.- Dispositions du Règlement consacrées à l'archivage électronique.** Seules deux dispositions du Règlement sont liées à la question de la conservation ; il s'agit des articles 34 et 40 du texte qui sont relatifs respectivement à la conservation de la signature électronique qualifiée et à celle du cachet électronique qualifié. Le considérant 61 du Règlement pointe l'importance de prévoir la conservation à long terme d'information dans l'objectif d'assurer « la validité juridique des signatures et cachets électroniques » et de garantir que ces informations « pourront être validées indépendamment de l'évolution technologique ». C'est dans cette optique qu'ont été adoptés les articles 34 et 40 du Règlement.

**45.- Article 34 du Règlement.** L'article 34 du Règlement, qualifié d'« embryon de disposition sur l'archivage électronique »<sup>97</sup>, est consacré à la fourniture d'un service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées. Il prévoit que :

« 1. Un service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées ne peut être fourni que par un prestataire de services de confiance qualifié qui utilise des procédures et des technologies permettant d'étendre la fiabilité des signatures électroniques qualifiées au-delà de la période de validité technologique.

2. La Commission peut, au moyen d'actes d'exécution, déterminer les numéros de référence des normes applicables au service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées. Le service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées est présumé satisfaire aux exigences fixées au paragraphe 1 lorsqu'il respecte ces normes. Ces actes d'exécution sont adoptés en conformité avec la procédure d'examen visée à l'article 48, paragraphe 2 ».

Conformément au paragraphe premier, si un prestataire de service de confiance qualifié décide de fournir un service de conservation qualifié de signatures électroniques qualifiées, il est tenu d'utiliser des procédures et technologies permettant d'assurer la fiabilité des signatures électroniques qualifiées au-delà de la période de validité technologique. Le terme « fiabilité » utilisé dans l'article, ainsi que dans d'autres dispositions du Règlement, n'est toutefois pas défini par le texte européen.

Le second paragraphe de la disposition renvoie à la Commission européenne le soin de déterminer, par le biais d'actes d'exécution, le numéro de référence des normes applicables à ce service. Il instaure également une présomption : le service de conservation qualifié qui respectera ces normes sera présumé satisfaire aux exigences du paragraphe premier.

<sup>97</sup> D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution ? », *op. cit.*, pp. 44 et 45.



**46.- Article 40 du Règlement.** L'article 40 du Règlement n° 910/2014 indique que l'article 34 du Règlement s'applique *mutatis mutandis* à la conservation des cachets électroniques qualifiés :

« Les articles 32, 33 et 34 s'appliquent *mutatis mutandis* à la validation et à la conservation des cachets électroniques qualifiés ».

Ces deux dispositions appellent quelques remarques.

**47.- Intérêt de l'encadrement de la question de la conservation des signatures et cachets électroniques qualifiés.** Puisque le Règlement encadre la fourniture des services de signature électronique et de cachet électronique, il était évidemment indispensable d'aborder la question de la conservation de ces instruments en vue de pouvoir procéder à des vérifications à leur égard lorsque cela s'avère nécessaire. Par exemple, lors de la signature d'un document, il faut pouvoir vérifier si le certificat n'est pas expiré ni révoqué. En outre, la vérification de l'identité du signataire, de l'intégrité du contenu ou de l'accès au document signé qui a été crypté à des fins de confidentialité pourrait devenir impossible après un certain nombre d'années si les « clés de cryptage (publique et privée), les certificats et les dispositifs de création et de vérification des signatures »<sup>98</sup> n'ont pas été conservés.

**48.- Limitation aux signatures et cachets électroniques qualifiés.** L'article 34 du Règlement n° 910/2014, et par analogie, l'article 40 de l'instrument, limitent cette fourniture du service de conservation – nécessairement qualifié – aux signatures électroniques qualifiées et aux cachets électroniques qualifiés. N'est donc pas envisagée la question de la conservation des signatures et cachets électroniques non qualifiés.

**49.- Absence des actes d'exécution.** En l'absence d'actes d'exécution de la Commission, les exigences liées à ce service de conservation semblent assez vagues. Rappelons d'ailleurs que ces deux articles seront applicables à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2016<sup>99</sup>. Il est à espérer que les actes d'exécution auront été adoptés à cette date. Précisons que l'article 34.2 du Règlement est, en vertu de l'article 52.2.a) du même texte, entré en vigueur le 17 septembre 2014, date à partir de laquelle la Commission pouvait prendre les actes d'exécution visés par la disposition.

<sup>98</sup> M. DEMOULIN et D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », *op. cit.*, pp. 108-109.

<sup>99</sup> Art. 52 du Règlement n° 910/2014.

**50.- Réticence du législateur européen.** Si elle n'est pas complètement exclue du Règlement, la question de la conservation électronique n'est considérée dans celui-ci que de manière très parcellaire et uniquement en soutien à deux services de confiance.

Il est regrettable que le législateur européen se soit montré réticent face à la reconnaissance et à l'encadrement juridique de l'archivage électronique comme sixième service de confiance. Certains États membres avaient exprimé, lors des discussions sur le sujet, qu'ils craignaient qu'il ne soit touché aux règles de fond de l'archivage. Or, il n'aurait nullement été question de régler le fond de la matière mais bien de procéder de manière analogue à ce qui a été réalisé pour les autres services, à savoir donner de la valeur à l'archivage électronique par la création d'un « équivalent électronique de l'archivage papier »<sup>100</sup> et déterminer les conditions selon lesquelles l'archivage électronique peut avoir lieu. Vu l'absence d'accord suffisant et l'opposition clairement exprimée de la part de certains États membres, le législateur européen a préféré laisser de côté le service d'archivage électronique et garantir l'encadrement des autres services de confiance.

### SECTION 3. – Consécration en droit belge de dispositions réglementant l'archivage électronique

**51.- Marge de manœuvre des États membres.** Si le législateur européen a préféré ne pas légiférer en matière d'archivage électronique, il a néanmoins laissé aux États membres la possibilité de l'encadrer juridiquement comme l'indique le considérant 25 du Règlement : « les États membres devraient rester libres de définir d'autres types de services de confiance, en plus de ceux qui figurent sur la liste fermée des services de confiance prévus par le présent Règlement, aux fins de leur reconnaissance au niveau national comme des services de confiance qualifiés ».

**52.- Avant-projet de loi.** La Belgique a saisi cette possibilité et s'est attachée à préparer un régime juridique encadrant le service d'archivage électronique. Ainsi, le 11 décembre 2015, le Conseil des ministres fédéral a approuvé l'avant-projet de loi mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 et portant insertion du titre 2 « Certains règles relatives au cadre

<sup>100</sup> D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution ? », *op. cit.*, pp. 44 et 45.



juridique pour les services de confiance » dans le livre XII « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique.

Le 15 décembre 2015, l'avant-projet de loi a été soumis à la procédure de notification prévue par la directive 2015/1535<sup>101</sup>. À cette date a débuté une période de *statu quo* de trois mois au cours de laquelle la Belgique ne peut adopter le texte législatif afin de laisser à la Commission et aux autres États membres le soin de vérifier si le texte notifié est compatible avec la législation de l'Union européenne et les principes s'appliquant au marché intérieur.

La présente analyse se base sur l'avant-projet de loi tel que rendu public en décembre 2015 et doit donc être considérée avec prudence ; l'avant-projet de loi n'étant qu'à l'aurore du processus législatif, il est susceptible de subir des modifications avant d'éventuellement se concrétiser en un cadre légal applicable.

**53.- Présentation de la section.** L'objet de cette section sera d'examiner les apports de l'avant-projet de loi eu égard à l'encadrement juridique de l'archivage électronique et plus particulièrement par rapport aux deux problématiques à l'origine de l'incertitude juridique existante en la matière, à savoir l'absence de cadre légal en matière d'archivage électronique (§ 1) et la différence de valeur juridique accordée à un document original et à sa copie (§ 2).

## § 1. Archivage électronique en tant que service de confiance

**54.- Présentation du paragraphe.** L'analyse juridique du service de confiance d'archivage électronique, tel qu'encadré par l'avant-projet de loi, se décompose en deux parties. Nous examinerons d'une part le champ d'application de l'avant-projet de loi et quelques définitions pertinentes, d'autre part, les principes généraux contenus dans le texte.

### A. Champ d'application et définitions

**55.- Champ d'application.** Le champ d'application du futur titre 2 du livre XII du Code de droit économique est précisé à l'article 5 de l'avant-projet de loi, qui projette d'insérer un article XII.24 au sein du Code de droit économique.

Outre la mise en œuvre du Règlement n° 910/2014, ce titre 2 fixe certaines règles complémentaires à celles du texte européen et relatives au

<sup>101</sup> Cf. note de bas de page 95.

cadre juridique pour le service d'archivage électronique qui est offert par un prestataire de service de confiance établi en Belgique. Il s'applique également lorsqu'un tel service est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale établie en Belgique (futur article XII.24, § 2, alinéa 2, du Code de droit économique).

Par ailleurs, il est prévu que les nouvelles règles ne porteront pas préjudice aux dispositions de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives et que les systèmes spécifiques mis en place par certaines administrations par le biais de lois spéciales seront exclus du champ d'application du Règlement et du futur titre 2 et de ses annexes<sup>102</sup> (futur art. XII.24, § 2, al. 1 et 2, CDE).

**56.- Prestataire de service de confiance – définition.** Le prestataire de service de confiance est défini à l'article 3.19° du Règlement comme « une personne physique ou morale qui fournit un ou plusieurs services de confiance, en tant que prestataire de services de confiance qualifié ou non qualifié ». L'archivage électronique étant considéré comme un service de confiance<sup>103</sup> par le législateur belge, le prestataire de service d'archivage électronique est tenu de se conformer aux dispositions du Règlement n° 910/2014 applicables à tous les prestataires de service de confiance<sup>104</sup>.

**57.- Service d'archivage électronique – définition.** L'article 2 de l'avant-projet de loi propose d'insérer à l'article I.18.17° du Code de droit économique une définition du service d'archivage électronique. En vertu de cette disposition, il s'agit d'un « service de confiance complémentaire à ceux (...) du Règlement 910/2014, qui consiste en la conservation

<sup>102</sup> Cette exclusion était déjà prévue par la proposition de loi du 15 avril 2013 et s'explique par le fait que certaines administrations avaient mis en place des systèmes spécifiques par le biais de lois spéciales, notamment dans le domaine de la sécurité sociale. Ces systèmes ayant entraîné des frais importants et étant déjà en cours d'utilisation, il a été décidé de les exclure du champ d'application du futur cadre légal. Voy. Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 14.

<sup>103</sup> Rappelons que le service de confiance est défini par l'article 3.16° du Règlement comme « un service électronique normalement fourni contre rémunération qui consiste :

a) en la création, en la vérification et en la validation de signatures électroniques, de cachets électroniques ou d'horodatages électroniques, de services d'envoi recommandé électronique et de certificats relatifs à ces services ; ou

b) en la création, en la vérification et en la validation de certificats pour l'authentification de site internet ; ou

c) en la conservation de signatures électroniques, de cachets électroniques ou des certificats relatifs à ces services ».

<sup>104</sup> À cet égard, nous renvoyons à la contribution d'Hervé Jacquemin consacrée aux principes applicables à tous les services de confiance et au document électronique dans le présent ouvrage.



de données électroniques ou la numérisation de documents papiers, et qui est fourni par un prestataire de services de confiance (...) ou qui est exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale ».

Cette définition distingue deux types d'archivage électronique – la conservation de données originairement électroniques et la numérisation puis conservation des documents initialement papier – ainsi que deux catégories d'archivage – le tiers prestataire de service auquel un utilisateur a recours et l'entité ou l'individu lui-même pour son propre compte.

Il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'avoir intégré dans la définition du service d'archivage électronique l'hypothèse de la conservation des documents en interne par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale. Cette hypothèse n'était pas prévue dans le régime juridique instauré par la loi du 15 mai 2007 comme l'indiquent les travaux préparatoires : « il semble également important de préciser que seuls les services fournis à la demande d'un destinataire du service sont visés par le cadre juridique. Ne sont pas concernés les services fournis spontanément ou pour son propre compte »<sup>105</sup>. Ainsi, l'entité qui archivait les données pour son propre compte était exclue du champ d'application de la loi. La proposition de loi du 15 avril 2013 prévoyait, quant à elle, que les services d'archivage pouvaient être fournis soit par un prestataire de service au profit du public soit exploité par un service public ou une personne physique ou morale pour son propre compte<sup>106</sup>. Le cadre légal en préparation maintient cette insertion.

**58.- Service d'archivage électronique qualifié – définition.** L'avant-projet de loi vise également l'insertion, à l'article L.18,18°, du Code de droit économique, de la définition du service d'archivage électronique qualifié, qui consiste en un « service d'archivage électronique fourni par un prestataire de services de confiance qualifié (...) se conformant aux dispositions du titre 2 et de l'annexe I du livre XII ou exploité pour son propre compte par un organisme du secteur public ou une personne physique ou morale et se conformant aux dispositions du même titre et de la même annexe, à l'exception de e), i), j) et k) ».

<sup>105</sup> Projet de loi du 11 décembre 2006 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2802/001, p. 10.

<sup>106</sup> Art. 2 de la proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 30.

## B. Principes généraux

**59.- Examen des principes généraux.** Il convient d'examiner les articles dédiés aux principes généraux que l'avant-projet de loi, tel qu'il est actuellement rédigé, entend insérer dans le Code de droit économique.

À titre liminaire, nous remarquons qu'une partie importante des principes généraux du régime juridique est intégrée à l'article XII.25 du Code de droit économique. Cette disposition fourre-tout manque, selon nous, de clarté et de cohérence<sup>107</sup>. Un certain ordre logique dans l'articulation des paragraphes de l'article aurait le mérite de faciliter la lecture du texte législatif.

### a) Principe de la liberté de choix du support

**60.- Article XII.25, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique.** Le futur article XII.25, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, tel qu'inséré par l'article 7 de l'avant-projet de loi, prévoit qu'« à défaut de dispositions légales contraires, nul ne peut être contraint de poser un acte juridique par voie électronique ».

Conformément à cette disposition, chaque personne conserve le libre choix du support (papier ou électronique) par lequel elle pose ses actes juridiques, à moins qu'une disposition légale n'impose le recours au support électronique.

Notons que cette liberté de choix du support était déjà prévue par l'article 4, § 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification<sup>108</sup>.

### b) Principe de non-discrimination

**61.- Article XII.25, § 4, du Code de droit économique.** Tant le service d'archivage électronique qualifié que le non qualifié bénéficient du principe de non-discrimination qui est inséré par l'article 7 de l'avant-projet de loi.

En vertu de ce principe prévu à l'article XII.25, § 4, du Code de droit économique, « l'effet juridique et la recevabilité d'un archivage électronique

<sup>107</sup> En effet, certains paragraphes concernent l'ensemble des services de confiance (§§ 1, 2 et 9), d'autres sont consacrés au cachet électronique (§§ 3 et 12) ou à l'archivage électronique (§§ 4 à 6) et les derniers sont relatifs à d'autres services de confiance (§§ 5, 7, 8, 10 et 11).

<sup>108</sup> Art. 4, § 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 septembre 2001.



comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cet archivage se présente sous une forme électronique ou qu'il ne satisfait pas aux exigences du service d'archivage électronique qualifié ».

Conformément au principe de non-discrimination, il sera désormais possible de recourir à l'archivage électronique pour répondre à une obligation de conservation, l'archivage papier n'étant plus le seul admissible.

Par ailleurs, un service non qualifié ne pourra pas voir ses effets juridiques ou sa recevabilité comme preuve refusés du simple fait qu'il ne s'agit pas d'un service qualifié.

**62.- Service d'archivage électronique non qualifié.** Le service d'archivage électronique non qualifié ne se voit donc pas privé de toute reconnaissance juridique puisqu'il bénéficie du principe de non-discrimination. Cependant, l'utilisateur d'un tel service ne profite pas des présomptions accordées au service d'archivage électronique qualifié qui dispensent l'utilisateur de la charge de la preuve dans l'hypothèse d'une contestation<sup>109</sup>.

Le cas échéant, il devra prouver lui-même que le document présenté constitue une copie fidèle et durable du document original et que sa conservation présente les qualités nécessaires de nature à assurer la fiabilité du service d'archivage électronique.

Cela revient, selon nous, à démontrer que le service d'archivage électronique utilisé remplit les fonctions attendues pour un tel service. En pratique, nous pensons qu'il s'agira notamment de prouver que le procédé mis en œuvre permet de rencontrer les qualités fixées à l'annexe 1 de l'avant-projet de loi, à savoir permet de conserver la lisibilité des données, de préserver l'intégrité et l'authenticité des données et d'éviter les modifications des données sous réserve de celles relatives à leur support ou leur format qui sont nécessaires pour l'accomplissement du service. Pour démontrer le maintien de ces qualités, l'utilisateur pourra présenter les éléments périphériques qui auront été conservés (*supra*, nos 22 à 28 de la présente contribution).

### c) Principes applicables au service d'archivage électronique qualifié

**63.- Service d'archivage électronique qualifié.** L'avant-projet de loi entend encadrer le recours ou l'exploitation d'un service d'archivage électronique qualifié par une série de dispositions spécifiques formulées dans divers paragraphes de l'article XII.25 du Code de droit économique, tel qu'inséré par l'article 7 de l'avant-projet de loi.

<sup>109</sup> D. GOBERT, « Le Règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie », février 2015, p. 25 (publié sur le site [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)).

**64.- Article XII.25, § 5, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique – Présomption de conformité à l'obligation de conservation.** L'alinéa premier du futur article XII.25, § 5, du Code de droit économique consacre une présomption de conformité de l'archivage électronique qualifié pour satisfaire à une obligation légale ou réglementaire de conservation.

Cet alinéa prévoit que « sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, lorsqu'une obligation de conservation de données ou de documents est imposée, de manière expresse ou tacite, par un texte légal ou réglementaire, cette obligation est présumée satisfaite par le recours à un service d'archivage électronique qualifié ».

Si une loi ou un texte réglementaire prévoit, de manière explicite ou implicite, l'obligation de conserver des données ou des documents, cette obligation est considérée être respectée si la conservation a été réalisée par le biais d'un service d'archivage électronique qualifié.

La proposition de loi du 15 avril 2013 prévoyait l'insertion dans le Code de droit économique d'une disposition quasiment semblable, l'article XII.25, § 7, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de droit économique<sup>110</sup>. Dans les commentaires des articles, il était précisé que cet alinéa consacrait une présomption irréfutable<sup>111</sup>.

**65.- Article XII.25, § 5, alinéa 2, du Code de droit économique – Présomption d'intégrité du contenu.** L'article XII.25, § 5, alinéa 2, du Code de droit économique prévoit une présomption d'intégrité du contenu du document électronique conservé au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié.

Cet alinéa énonce que « sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, les données électroniques conservées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié sont présumées avoir été conservées de manière à les préserver de toute modification, sous réserve des modifications relatives à leur support ou leur format électronique ».

Dans la proposition de loi du 15 avril 2013, le législateur a montré son intention d'accorder à cette présomption un caractère réfragable. En effet,

<sup>110</sup> « Sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, lorsqu'une obligation de conservation de données ou de documents est imposée, de manière expresse ou tacite, par un texte légal ou réglementaire, cette obligation est satisfaite par le recours à un service d'archivage électronique qualifié ». Voy. art. 3 de la proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 33, insérant l'article XII.25, § 7, alinéa 1<sup>er</sup> dans le Code de droit économique.

<sup>111</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 15.



l'article XII.25, § 5, alinéa 2, du Code de droit économique tel qu'inséré par l'avant-projet de loi est identique à l'article XII.25, § 7, alinéa 2, que l'article 3 de la proposition de loi projetait d'intégrer au même Code et les commentaires des articles de cette proposition indiquaient que la présomption contenue à l'article était réfragable<sup>112</sup>.

Il reviendra donc à celui qui conteste le maintien de l'intégrité du document produit en justice de renverser la présomption.

Par ailleurs, les termes « sous réserve des modifications relatives à leur support ou leur format électronique » de la disposition font référence à l'appréhension juridique du concept d'intégrité du document et permettent de ne pas tenir compte des modifications de support ou de format nécessaires au bon déroulement du processus d'archivage électronique ou au maintien de la lisibilité des données<sup>113</sup>.

**66.- Article XII.25, § 5, alinéa 3, du Code de droit économique – Recours obligatoire à un service qualifié en cas d'obligation expresse de conservation.** Outre ces deux présomptions, l'article XII.25, § 5, du Code de droit économique, dans son prescrit actuel, prévoit en son troisième alinéa que « sous réserve de l'application d'exigences légales ou réglementaires particulières, lorsqu'une obligation de conservation de données ou de documents est imposée de manière expresse par un texte légal ou réglementaire, il est recouru à un service d'archivage électronique qualifié si le destinataire du service opte pour la voie électronique ».

Cet alinéa constitue une nouveauté puisque, contrairement aux deux alinéas précédents, il n'existait pas dans la proposition de loi du 15 avril 2013.

Celui-ci pose question puisqu'il impose le recours à l'archivage électronique qualifié aux entités qui sont soumises à des exigences de conservation légales ou réglementaires « expresses » et qui optent pour un système d'archivage électronique.

Ce futur article XII.25, § 5, alinéa 3 du Code de droit économique implique la formulation de plusieurs commentaires.

D'abord, l'articulation de cet alinéa avec l'alinéa premier du même article nous semble problématique puisque ce dernier, qui vise les obligations de conservation expresses et tacites, ne prévoit qu'une présomption en faveur de l'archivage électronique qualifié et implique donc que l'entité souhaitant procéder à de l'archivage électronique peut avoir recours

<sup>112</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 15.

<sup>113</sup> Voy. *supra*, n° 26 dans la présente contribution.

à un service d'archivage électronique non qualifié. Pour pouvoir articuler les obligations de ces deux alinéas, les entités devront distinguer les obligations expresses des obligations tacites.

Par ailleurs, d'un point de vue pratique, cette disposition aura pour conséquence de faire peser sur les utilisateurs une obligation extrêmement lourde et onéreuse, particulièrement pour ceux procédant à l'archivage électronique en interne. Par exemple, un hôpital obligé de conserver le dossier médical des patients, une entreprise tenue de conserver ses factures ou un service public fédéral devant garder ses documents administratifs sont soumis, selon nous, à des obligations légales expresses<sup>114</sup>. Ces entités, si elles décident de conserver leurs documents de manière électronique, auront l'obligation de mettre en place elles-mêmes ou de souscrire à un service qualifié.

Or, recourir ou exploiter pour leur propre compte un tel service qualifié implique le respect d'obligations qui sont contraignantes et coûteuses. Ainsi, en vertu de l'article XII.28, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, l'archivageur devra respecter les dispositions du Règlement n° 910/2014 applicables aux prestataires de service de confiance qualifié et les exigences visées par le titre 2 et l'annexe 1 du Code de droit économique, sous réserve, pour ceux exploitant le service en interne, des dispenses octroyées par l'article XII.28, § 2, du même instrument (*infra*, n°s 70 et 71 de la présente contribution).

Enfin, de par sa formulation catégorique, nous nous demandons si cette disposition ne restreint pas la liberté de choix des entités tant en ce qui concerne l'option entre un service qualifié ou non qualifié que relativement au choix entre le papier et l'électronique. D'une part, tous les documents à conserver ne nécessitent pas nécessairement le même degré de protection, particulièrement compte tenu du coût important d'un mécanisme de sécurité maximale<sup>115</sup> et l'archivageur devrait en principe pouvoir lui-même juger des risques qu'il souhaite prendre. Toutefois, des restrictions imposées par le législateur à la liberté de choix entre le service qualifié ou non qualifié peuvent s'expliquer par des impératifs de sécurité juridique ou de protection des parties faibles. D'autre part, en imposant des exigences de conservation plus contraignantes si cette conservation est réalisée de manière électronique, le législateur ne favorise pas le recours au procédé électronique. Contrairement à ce qui est prévu en matière

<sup>114</sup> Respectivement l'article 1<sup>er</sup>, § 3, de l'arrêté royal du 3 mai 1999, l'article III.86. du Code de droit économique et l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juin 1955, *supra*, n° 4 dans la présente contribution.

<sup>115</sup> M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, p. 213.



d'archivage électronique, l'archivage dans l'environnement papier n'est soumis à des exigences que de manière ponctuelle comme par exemple par la loi sur les archives qui impose que les documents administratifs soient conservés en bon état, de manière ordonnée et accessible<sup>116</sup>.

Pour conclure au sujet de l'article XII.25, § 5, alinéa 3, du Code de droit économique, tel que formulé par l'avant-projet de loi, nous reconnaissons qu'il a un certain sens afin d'assurer que les documents dont la loi impose de manière expresse la conservation soient conservés en présentant des garanties élevées. Néanmoins, pour les raisons évoquées ci-dessus, nous remettons en question le libellé de la disposition et ses conséquences pratiques.

**67.- Article XII.25, § 6, du Code de droit économique – Présomption de copie fidèle et durable.** Le futur paragraphe 6 de l'article XII.25 du Code de droit économique sera dédié aux archives numérisées. Cette disposition prévoit qu'une copie numérique d'un document créé en version papier « est présumée en être une copie fidèle et durable lorsqu'elle est réalisée et conservée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié ». Dans cette hypothèse, la destruction du document original papier est autorisée « sous réserve de l'application des dispositions légales et réglementaires relatives à la préservation et à l'élimination des archives du secteur public, en particulier de l'article 5 de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives ».

Cette disposition déjà contenue dans la proposition de loi du 15 avril 2013 implique que la numérisation du document original et la conservation de la copie ainsi réalisée doivent être effectuées au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié pour qu'une copie soit présumée être une copie fidèle et durable de l'original papier. Dans ce cas, il pourra être procédé à la destruction de cet original.

Toutefois, cette possibilité ne dispense pas le prestataire d'archivage électronique qualifié placé sous le contrôle des Archives de l'État de lui demander l'autorisation d'élimination conformément à l'article 5 de la loi relative aux archives.

De surcroît, ce paragraphe doit être lu en combinaison avec le futur alinéa 2 de l'article 1334 du Code civil qui est inséré par l'avant-projet de loi<sup>117</sup>.

On précisera encore que l'article XII.25, § 6, de l'avant-projet de loi est identique à l'article XII.25, § 8, que la proposition de loi du 15 avril

<sup>116</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, 24 juin 1955, M.B., 12 Août 1955.

<sup>117</sup> Cf. *infra*, nos 75 et 76 de la présente contribution.

2013 envisageait d'insérer dans le code de droit économique. Les travaux préparatoires de la proposition précisait que la présomption contenue dans ce paragraphe 8 était une présomption réfragable.

#### d) Exigences relatives au service d'archivage électronique

**68.- Articles XII.27 à XII.29 du Code de droit économique.** Les articles 9 à 12 de l'avant-projet de loi, qui insèrent les articles XII.27 à XII.29 dans le Code de droit économique, énoncent une série d'exigences relatives au service d'archivage électronique.

**69.- Exigences liées au service d'archivage électronique non qualifié.** L'article XII.27 du Code de droit économique prévoit qu'« un prestataire de services d'archivage électronique satisfait *mutatis mutandis* aux dispositions du Règlement 910/2014 applicables au prestataire de services de confiance non qualifié ». Sont notamment visées les exigences de sécurité prévues à l'article 19 du Règlement n° 910/2014.

**70.- Exigences liées au service d'archivage électronique qualifié – recours à un prestataire de service d'archivage électronique.** Le futur article XII.28 du Code de droit économique est entièrement consacré au service d'archivage électronique qualifié. Il reprend les exigences qu'un prestataire de service d'archivage électronique qualifié ou qu'une entité (organisme du secteur public, personne physique ou personne morale) qui exploite pour son propre compte un service d'archivage électronique qualifié doivent respecter. Au sujet de ces entités exploitant en interne un service d'archivage électronique, nous renvoyons au point 71 de la présente contribution.

En vertu de l'article 28, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, un prestataire de service d'archivage électronique qualifié doit satisfaire aux obligations du Règlement n° 910/2014 applicables à tous les prestataires de services de confiance qualifiés ainsi qu'aux exigences visées par le titre 2 du livre XII du Code de droit économique et à son annexe 1.

En premier lieu, il est tenu de respecter les exigences du Règlement. Il s'agit des obligations :

- de se soumettre au contrôle de l'Organe de contrôle (art. 17 du Règlement),
- de remplir des exigences en matière de sécurité (art. 19 du Règlement),
- de se soumettre à un contrôle notamment sous la forme d'un audit réalisé tous les 24 mois (art. 20 du Règlement),
- de se soumettre à une procédure préalablement au lancement du service (art. 21 du Règlement),



- d'être inscrit sur la liste de confiance (art. 22 du Règlement),
- liées à l'activité de prestataire de services de confiance qualifiés en tant que tel (art. 24 du Règlement).

Deuxièmement, le prestataire d'un service d'archivage électronique qualifié doit respecter les exigences du titre 2 du livre XII qui seront reprises aux articles XII.24 à XII.38 du Code de droit économique.

Troisièmement, il est tenu au respect des exigences de l'annexe 1 telle qu'actuellement rédigée. Celles-ci sont de nature organisationnelle et technique et ont pour but d'accroître la fiabilité du service.

**71.- Exigences liées au service d'archivage électronique qualifié – Archivage en interne.** L'organisme du secteur public ou la personne physique ou morale qui exploite un service d'archivage électronique pour son propre compte est également tenu, conformément au futur article XII.28, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique, de satisfaire aux dispositions du règlement n° 910/2014 applicables au prestataire de service de confiance qualifié ainsi qu'aux exigences visées par le titre 2 du Code de droit économique et à son annexe 1.

Relativement à l'annexe 1 de l'avant-projet de loi, nous remarquons avec étonnement que l'hypothèse de l'entité procédant à l'archivage en interne n'est pas reprise expressément dans celle-ci, qui ne vise que « le prestataire de service de confiance qualifié établi en Belgique qui offre un service d'archivage électronique qualifié ». Toutefois, nous pensons qu'il ne s'agit que d'un oubli puisque l'article XII.28, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique prévoit que les exigences visées par l'annexe doivent être respectées tout autant par un prestataire de service d'archivage électronique qualifié que par un individu ou une entité qui exploite en interne un service d'archivage électronique qualifié.

Toutefois, le paragraphe 2 de l'article XII.28 du Code de droit économique prévoit une série de dispenses aux exigences du paragraphe premier lorsque le service d'archivage électronique qualifié est exploité pour son propre compte par une entité. En effet, celle-ci est dispensée des obligations :

- liées à la procédure de lancement d'un service de confiance qualifié (art. 21 du Règlement) ;
- d'informer l'organe de contrôle des modifications dans la fourniture des services ou de son intention de cesser ses activités (art. 24.2.a) du Règlement) ;
- d'informer le potentiel cocontractant des conditions relatives à l'utilisation du service (art. 24.2.d) du Règlement) ;
- d'établir un plan actualisé d'arrêt d'activité (art. 24.2.i) du Règlement) ;

- de répondre dans un délai raisonnable à la demande de restitution des données d'un destinataire de son service (pt (e) de l'annexe 1) ;
- de fournir aux destinataires de son service un accès facile et direct à des informations spécifiées (pt (i) de l'annexe 1) ;
- de faire preuve d'impartialité vis-à-vis des destinataires de son service (pt (j) de l'annexe 1) ;
- de disposer des moyens financiers suffisants (pt (k) de l'annexe 1).

La majorité des dispenses dont l'archiviste bénéficie si le service est fourni en interne sont en réalité spécifiques à la relation contractuelle entre un utilisateur d'un service d'archivage électronique et un tiers offrant ce service. Il est dès lors logique qu'elles ne soient pas à charge d'une entité exploitant un tel service pour son propre compte.

Par contre, nous remarquons que l'obligation prévue à l'article 20 du Règlement, imposant aux prestataires de service de confiance qualifié de faire l'objet d'un audit au moins tous les deux ans et effectué à leurs frais, n'est pas reprise dans la liste des exemptions.

En contrepartie de ces dispenses, ces entités exploitant pour leur propre compte un service d'archivage électronique qualifié seront tenues de communiquer une série d'informations, spécifiées dans l'article XII.28, § 2, du Code de droit économique, à l'Organe de contrôle, et ce avant le début de l'exploitation du service. Cette déclaration préalable doit notamment être accompagnée d'un rapport d'évaluation effectué par un organisme d'évaluation de la conformité, sur la base duquel l'Organe peut procéder à un contrôle.

Par conséquent, l'organisme du secteur public ou la personne physique ou morale qui exploite pour son propre compte un service d'archivage électronique qualifié certes bénéficie des présomptions juridiques attachées à toute fourniture d'un service d'archivage électronique qualifié mais au prix du respect d'un régime qui n'est que légèrement moins lourd que celui applicable aux prestataires tiers.

**72.- Article XII.28, § 3, du Code de droit économique – Normes applicables aux services d'archivage électronique qualifié.** L'article XII.28 du Code de droit économique prévoit, en son troisième paragraphe, qu'un arrêté royal pourra être pris pour déterminer les numéros de référence des normes applicables aux services d'archivage électronique qualifié. Un service qui respectera ces normes sera présumé satisfaire aux exigences du titre 2 et de l'annexe 1.

**73.- Article XII.29 du Code de droit économique – Régime de responsabilité.** Pour conclure sur ce point dédié aux exigences relatives au



service d'archivage électronique, citons l'article 12 de l'avant-projet de loi qui prévoit l'insertion d'un article XII.29 dans le Code de droit économique. Cette disposition rend applicable à tous les prestataires de service de d'archivage électronique, qualifiés ou non, l'article 13 du Règlement n° 910/2014 qui détermine le régime des responsabilités prévu au niveau européen.

**e) Arrêt des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié offrant un ou plusieurs services de confiance qualifiés**

**74.- Articles XII.36 à XII.38 du Code de droit économique.** Le chapitre 7 de l'avant-projet de loi, insérant les articles XII.36 à XII.38 du Code de droit économique, se concentre sur l'hypothèse de l'arrêt des activités d'un prestataire de service de confiance qualifié qui offrait un ou plusieurs services de confiance qualifiés. Nous ne développons pas ces dispositions dans le cadre de cette contribution et renvoyons les lecteurs aux articles pertinents.

**§ 2. Présomption en faveur des copies numériques**

**75.- Copie fidèle et durable élevée au rang d'original.** Comme susmentionné, le futur article XII.25, § 6, du Code de droit économique, tel qu'actuellement rédigé, doit être lu en combinaison avec l'article 1334 du Code civil.

Il est en effet prévu que cette disposition soit complétée par un second alinéa, intégré par l'article 8 de l'avant-projet de loi, indiquant que « lorsque le titre original n'existe plus, une copie numérique effectuée à partir de celui-ci a la même valeur probante que l'écrit sous seing privé, dont elle est présumée, sauf preuve contraire, être une copie fidèle et durable si elle a été réalisée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié (...) ».

Ce nouvel alinéa insère une présomption réfragable (« sauf preuve contraire ») suivant laquelle les copies numériques d'actes sous seing privé papier sont des copies fidèles et durables de l'original et ont la même valeur juridique que celui-ci, pourvu que l'on ait recours à un service d'archivage électronique qualifié et que l'original ait été détruit. À ces conditions, il est alors permis de numériser un document initialement en version papier et d'en détruire le support original, sous réserve du respect de dispositions spécifiques telle que la loi sur les archives.

Ce nouvel alinéa, qui était déjà prévu dans la proposition de loi du 15 avril 2013, élève la « copie fidèle et durable au rang d'original lorsque le document copié était à l'origine un acte sous seing privé »<sup>118</sup>.

**76.- Intérêt de cette disposition.** Pour pouvoir bénéficier de la présomption prévue au futur article 1334, alinéa 2, du Code civil, plusieurs conditions doivent être respectées.

D'abord, la copie numérique doit avoir été effectuée au moyen d'un service d'archivage électronique qualifié, comme cela est prévu par le futur article h) de l'annexe 1 du livre XII du Code de droit économique consacré à la numérisation d'un document papier. Cette disposition impose une série d'exigences, qui sont de nature technique – obligation d'utiliser « un système, du matériel et des procédures qui garantissent une reproduction fidèle, durable et complète du document papier » ou de nature organisationnelle comme l'obligation de conserver une série de données (« la datation de toutes les opérations pertinentes », « les rapports de perturbations éventuelles qui ont été constatés » ou encore « les documents relatifs à la politique de numérisation et aux systèmes et matériel utilisés ») de procéder « ponctuellement et régulièrement lors de la procédure de numérisation à un contrôle de la qualité et de la fidélité des copies numériques par rapport à l'original papier ». Le respect de ces exigences peut s'avérer contraignant.

Ensuite, ne sont concernés que les actes sous seing privé.

Enfin, l'article 1334, alinéa 2 du Code civil, tel qu'envisagé, ne couvre que l'hypothèse où un titre original n'existe plus. Dès lors, si le document original subsiste, « il primera sur la copie numérique, qui fera foi uniquement de ce qui est contenu au titre original, dont la représentation peut toujours être exigée »<sup>119</sup>.

Malgré ces exigences, cet ajout d'un second alinéa à l'article 1334 du Code civil pourrait constituer une solution face aux attentes de nombreux acteurs désireux de procéder à la destruction des documents papier originaux pour n'en conserver qu'une copie numérique. Néanmoins, les conditions exigées nécessitent une réelle implication de la part de l'archiviste tant au regard du respect des règles juridiques que de la prise en considération des aspects techniques et organisationnels. Le processus par lequel une entité souhaite numériser ses documents pour ensuite les détruire doit dès lors être appréhendé de manière prudente.

<sup>118</sup> Proposition de loi du 15 avril 2013 modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2745/001, p. 16.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 26.



## Conclusion

**77.- Règlement n° 910/2014.** La présente contribution a été l'occasion de parcourir la matière de l'archivage électronique en présentant d'abord ses enjeux et en retraçant ensuite le parcours qui a été accompli sur le plan législatif.

Il est évidemment regrettable que cette matière n'ait été que très partiellement abordée au niveau européen et que le Règlement, qui est pourtant un texte ambitieux, n'octroie pas au service d'archivage électronique un statut identique à celui des autres services de confiance et ne l'appréhende qu'en tant que soutien à deux autres services.

**78.- Avant-projet de loi et développement du service d'archivage électronique.** On peut cependant se réjouir que la matière sera malgré tout réglée au niveau national même si cela crée un risque de voir émerger des règles et des pratiques différentes au sein des États membres. Le législateur belge, qui disposait déjà d'une base complète et cohérente dans le texte de la proposition de loi du 15 avril 2013, a rapidement réagi face à l'absence de dispositions relatives au service d'archivage électronique au sein du Règlement pour proposer un cadre juridique aux prestataires de service d'archivage électronique et aux entités ou individus désirant conserver leurs documents en interne. Si nous avons exposé que certaines règles telles qu'actuellement inscrites dans l'avant-projet de loi étaient sujettes à la critique et/ou pourraient être clarifiées, ce cadre légal a au minimum le mérite d'exister.

Il peut être espéré qu'à la faveur de ce cadre juridique, la demande et la fourniture de services d'archivage électronique se développent plus rapidement dans notre pays. Il est clair qu'il existe déjà une forte demande de la part des entreprises et des services publics en ce sens, en raison principalement des avantages en terme de coût et de diminution d'espace de stockage que présente l'archivage électronique. Par conséquent, la véritable évaluation du système juridique tel qu'il sera mis en place sera sa confrontation à la pratique.

En ce qui concerne la fourniture du service d'archivage électronique par un prestataire de service, nous pouvons envisager que des entreprises se lancent dans la fourniture soit de plusieurs services de confiance dont l'archivage électronique, soit uniquement du service d'archivage électronique. Les Archives de l'État pourraient éventuellement avoir un rôle à jouer dans ce contexte, par exemple en se positionnant comme prestataire de service d'archivage électronique qualifié ou du moins comme un acteur impliqué dans le processus de qualification des prestataires

proposant un tel service aux institutions placées sous son contrôle. Cela pourrait être intéressant pour les institutions publiques soumises à la loi sur les archives qui doivent verser leurs documents aux Archives de l'État puisque l'interopérabilité et l'uniformité ainsi qu'une certaine sécurité dans le processus d'archivage seraient assurées.

**79.- Caractère multidisciplinaire de l'archivage électronique.** Avant de clôturer cet exposé, il nous semblait important d'indiquer qu'outre le cadre légal instauré par le Règlement n° 910/2014, la future loi belge et les règles éparées et spécifiques de notre ordonnancement juridique que nous avons évoquées, d'autres règles trouvent à s'appliquer à toute prestataire proposant un service d'archivage électronique ou tout individu ou entités exploitant un tel service. À titre d'exemple, ils peuvent être tenus au respect des règles en matière de protection des données à caractère personnel, qui sont notamment essentielles lorsqu'un recours à des services de cloud computing est envisagé ou à la loi sur la publicité dans l'administration pour les acteurs du secteur public. Par ailleurs, il convient de pointer le caractère intimement multidisciplinaire de la matière car appréhender l'archivage uniquement sous l'angle juridique est trop limitatif. Doivent également être prises en considération les questions techniques liées à celui-ci ainsi que des préoccupations organisationnelles et de gestion du document durant l'ensemble de son cycle de vie du document<sup>120</sup>.

**80.- Dates à noter.** Finalement, nous proposons de rappeler quelques dates importantes pour la suite du processus législatif en matière d'archivage électronique. L'avant-projet de loi tel qu'examiné devrait prochainement devenir un projet de loi qui sera alors discuté au Parlement après que le Conseil d'État aura donné son avis. En outre, le 16 mars 2016 marquera la fin de la période de *statu quo* durant laquelle l'État belge ne pouvait pas adopter le texte, conformément à la procédure 2015/1535. Enfin, les dispositions du Règlement n° 910/2014 entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016, il serait idéal qu'il en soit de même pour les dispositions du cadre législatif belge.

<sup>120</sup> Cette idée est conforme à ce que Marie Demoulin appelle la gouvernance informationnelle qu'elle définit comme l'adoption d'une « approche globale de l'information, à la fin technologique et organisationnelle, pour encadrer la création, le traitement, l'accès, l'évaluation, la protection, la conservation, la préservation et l'utilisation de l'information au cours de son cycle de vie (de sa création à sa destruction ou conservation finale), quels que soient sa forme (documents, données, bases de données) et son support (papier ou électronique) ». Voy. M. DEMOULIN, « De l'archivage électronique à la gouvernance informationnelle : quelle place pour le juriste ? », *op. cit.*, pp. 199 et s.